



**RAFAEL MELO CARNEIRO**

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO TERCEIRO SETOR:**

**A Legitimidade Passiva Autônoma dos Dirigentes de ONGs**

**BRASÍLIA**

**2015**

**RAFAEL MELO CARNEIRO**

**RA 61250607**

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO TERCEIRO SETOR:**

**A Responsabilidade Autônoma das ONGs**

Dissertação apresentada como requisito  
de conclusão do Mestrado em Políticas  
Públicas do UNICEUB.

Orientador: Prof. Ivo Teixeira Gico Jr.

**Banca Examinadora**

Prof. Dr. Ivo Teixeira Gico Jr.  
Centro Universitário de Brasília

Prof. Dr. Carlos Horbach  
Centro Universitário de Brasília

Prof. Dr. José Eduardo Sabo Paes  
Universidade Católica de Brasília

**BRASÍLIA**

**2015**

Dedico este trabalho à minha esposa.

Agradeço aos meus professores e colegas pelas ideias, sugestões e debates que me propiciaram um outro horizonte na vida. Agradeço aos meus pais, amigos e familiares. Agradeço, especialmente, ao Prof. Ivo Gico que, com objetividade e segurança, orientou-me dentre as muitas possibilidades de estudo.

## **RESUMO**

O presente trabalho investiga a possibilidade jurídica de um dirigente de ONG ser responsabilizado, sozinho, por um ato de improbidade administrativa, isto é, a viabilidade jurídica da legitimidade passiva autônoma do administrador de uma ONG. Se isso for possível, então é de se esperar que o Direito tenha uma maior eficácia no combate à malversação de recursos pelo Terceiro Setor. Uma investigação doutrinária e legal revela espaço para o debate sobre a possibilidade jurídica ou não da responsabilização autônoma. Para resolver a questão, realizou-se pesquisa empírica em todos os Tribunais do Brasil. A pesquisa identificou poucas decisões judiciais sobre o assunto e os resultados revelam a presença de divergência jurisprudencial, ainda que se possa identificar uma tendência pelo reconhecimento da possibilidade jurídica da responsabilização autônoma.

**Palavras-chaves:** Lei de Improbidade Administrativa. Terceiro Setor. ONG. Teoria Escolha Racional. Legitimidade Passiva.

## **ABSTRACT**

The present work investigates the legal possibility of a manager of an NGO be held sued, alone, by an act of administrative misconduct, in other words, the autonomous passive legitimacy of administrator of an NGO. If this is legally possible, then it is expected that the Law has a greater effectiveness in combating the misappropriation of resources for the independent sector. A doctrinal and legal research reveals the possibility of debate the autonomous passive legitimacy of administrator of an NGO. To resolve the issue, empirical research was carried out with the jurisprudence of all Courts of Brazil. The survey identified few decisions on the matter and the results reveal the presence of divergent jurisprudence, although they can identify a tendency by the recognition of the legal possibility of autonomous responsibility.

**Keywords:** Independent Sector. Rational Choice Theory. Misappropriation. Public Resources. Passive Legitimacy.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	9
1 TERCEIRO SETOR E ESTADO: PARCERIAS E MECANISMOS DE CONTROLE.....	12
1.1 Importância e Formas das Parcerias .....	12
1.2 Magnitude das Parcerias .....	17
1.3 Corrupção e Improbidade Administrativa: uma distinção necessária .....	24
1.4 Funções dos Poderes da República nas Políticas Públicas .....	27
1.5 Controle do Terceiro Setor .....	30
2 TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL APLICADA À MÁ GESTÃO NO TERCEIRO SETOR .....	33
2.1 Teoria da Escolha Racional .....	33
2.2 Teoria da Escolha Racional aplicada a Condutas Ilícitas .....	36
2.3 Quadro Fático das Parcerias entre Estado e Terceiro Setor.....	46
2.4 A Escolha Racional nas Parcerias entre o Estado e o Terceiro Setor .....	54
3 INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE COMBATE À MALVERSAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS PELO TERCEIRO SETOR.....	58
3.1 Teoria do Agente-Principal aplicada às relações entre Estado e Terceiro Setor .....	58
3.2 Instrumentos Jurídicos de Desincentivos à Improbidade Administrativa no Terceiro Setor .....	61
3.3 Dos Incentivos Criados pela Lei nº 12.846/2013 .....	70
3.4 Considerações Finais .....	75
4 APLICAÇÃO AUTÔNOMA DA LIA AO TERCEIRO SETOR.....	77
4.1 Do Ato de Improbidade Administrativa .....	77
4.2 Sujeito Passivo do Ato de Improbidade Administrativa.....	79
4.2.1 Análise Legislativa .....	79
4.2.2 Análise Doutrinária.....	84

4.3 Sujeito Ativo do Ato de Improbidade.....	88
4.3.1. Análise Legislativa .....	90
4.3.2 Análise Doutrinária.....	95
4.4 Entendimento Jurisprudencial .....	98
4.4.1 Metodologia.....	98
4.4.2 Dos Resultados .....	101
4.4.3 Da Análise Crítica.....	107
4.5 Dos Resultados da Pesquisa Sob a Perspectiva da Teoria da Escolha Racional .....	117
CONCLUSÃO .....	120
REFERÊNCIAS .....	125



## INTRODUÇÃO

O Terceiro Setor é composto pelas Organizações Não-Governamentais – ONGs, que são mantidas por meio de doações, venda de produtos e também por dinheiro público. O tema do presente trabalho é justamente a relação entre as ONGs e os recursos públicos por elas geridos. Não raramente, esses recursos públicos são malversados pelas entidades sem fins lucrativos. Nesse contexto, pressupondo-se que a diminuição da má gestão de recursos públicos é um objetivo público, desejável pelo Estado e pela sociedade, o objetivo geral do trabalho é analisar os instrumentos de diminuição da improbidade administrativa no Terceiro Setor. Dessa forma, o presente trabalho tem uma preocupação com a *efetividade* do Direito, no tocante à diminuição da malversação de recursos públicos pelo Terceiro Setor.

Um dos meios mais importantes para diminuir a malversação de recursos públicos pelas ONGs é aplicar punições rígidas, a fim de castigar o malfeito e prevenir futuros desvios do dinheiro público. Em se tratando de malversação de recursos públicos, uma das punições mais rígidas é a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa – LIA.

Quando dirigentes e/ou empregados de uma ONG concorrem na conduta ímproba de um servidor público de um Ministério, por exemplo, a LIA será aplicada tanto para o servidor público quanto para o funcionário da ONG, com base nos art. 1º, 2º e 3º da LIA, porque o funcionário da ONG concorreu na conduta do servidor público.

No entanto, a malversação dos recursos públicos pelas ONGs, ou mesmo a simples falta de prestação de contas, pode não contar com a participação de um servidor público ou, ainda, a prova de participação de um servidor público pode ser muito difícil de ser produzida. Assim, se condicionar a incidência da LIA ao dirigente de ONG à uma concorrência na conduta de um servidor público, é pouco provável que os dirigentes de ONGs sejam processados por ato de improbidade administrativa, mesmo se malversarem recursos públicos.

A questão, portanto, está em saber se a LIA pode ser aplicada, de forma *autônoma*, ao dirigente de ONG, isto é, se este tem legitimidade passiva *ad causam* para figurar, *sozinho*, no polo passivo de uma ação de improbidade administrativa. Essa questão jurídica é o objetivo específico do presente trabalho.

É possível que os dirigentes desviem recursos privados da ONG. No entanto, o presente trabalho versa somente sobre a malversação dos *recursos públicos* geridos pelas ONGs.

Também não é objeto da pesquisa a viabilidade da própria ONG ser responsabilizada por um ato de improbidade administrativa, porque sobre essa questão não há controvérsia doutrinária e jurisprudencial suficiente a embasar uma dissertação. O Superior Tribunal de Justiça – STJ já estabeleceu que uma pessoa jurídica pode ser responsabilizada por um ato de improbidade administrativa, desde que preenchidas certas condições, que serão melhor esclarecidas no capítulo 4.

A hipótese da dissertação é que a LIA permite que um dirigente de ONG seja processado, sem a concorrência de ninguém, por um ato de improbidade administrativa, mas a doutrina e a jurisprudência não aceitam esse entendimento. Isso contribui para o aumento da malversação de recursos públicos pelo Terceiro Setor.

Além da possível aplicação autônoma da LIA aos dirigentes de ONGs, existem outros controles da malversação de recursos públicos no Terceiro Setor, como medidas administrativas de impedimentos de novos convênios e mecanismos legislativos tendentes à diminuição do desperdício de recursos públicos. Por se tratar de pontos extremamente interligados com o tema da pesquisa (combate à improbidade administrativa no Terceiro Setor) e por se constituírem, ao lado da incidência da LIA, importantes instrumentos de diminuição da malversação de recursos públicos, nesta dissertação também irá se abordar os controles administrativos e legislativos da improbidade administrativa no Terceiro Setor, além de se focar na aplicação judicial da LIA aos dirigentes de ONGs.

A metodologia consiste na pesquisa doutrinária, documental e jurisprudencial. Assim, trata-se de um trabalho teórico e empírico. Como o objetivo específico da pesquisa é determinar se a LIA é aplicável, ou não, aos dirigentes de ONGs, de forma autônoma, isto é, sem a concorrência de ninguém, fez-se um levantamento empírico do entendimento jurisprudencial nos Tribunais de Justiça do país.

Buscou-se precedentes judiciais sobre a aplicação da LIA exclusivamente aos dirigentes de ONGs, visando tanto verificar se é possível aplicar a LIA nesse caso, bem como verificar a *quantidade* de ocorrências de jurisprudências desse tipo e os motivos expostos pelos Tribunais para aplicar, ou não, a LIA nessa hipótese.

O marco teórico é a teoria da escolha racional, porque esta oferece instrumentos para se entender o comportamento humano e, em razão disso, possibilita compreender como incentivos jurídicos influenciam nas condutas das pessoas. Assim, a análise do

posicionamento jurisprudencial e dos demais instrumentos de controle será analisado de acordo com a teoria da escolha racional, isto é, em formato de uma estrutura de incentivos que pode influenciar no aumento ou na diminuição da malversação de recursos públicos pelo Terceiro Setor.

A dissertação desenvolver-se-á em 4 capítulos. No primeiro serão expostos o conceito e a importância do Terceiro Setor, o procedimento de parceria entre Estado e ONG e os meios de controle dos recursos públicos repassados, realizando um enquadramento desse contexto na política pública contra a improbidade administrativa no Terceiro Setor.

No segundo capítulo abordar-se-á a teoria da escolha racional, que explica como o comportamento humano reage a incentivos. Assim, se houver incentivos para o dirigente de ONG não praticar má gestão de recursos públicos, presume-se que haverá uma diminuição do desvio de dinheiro público. Se não, infere-se que haverá um aumento do desvio de recursos. Na segunda parte deste capítulo, demonstrar-se-á as conclusões das duas Comissões Parlamentares de Inquérito sobre ONGs, que forneceram elementos importantíssimos para se entender a realidade das parcerias entre Estados e o Terceiro Setor, e como esses elementos são interpretados pela teoria da escolha racional.

No terceiro capítulo abordar-se-á os mecanismos legislativos no formato de incentivos à diminuição da malversação de recursos públicos, principalmente os contidos na recente Lei nº 13.019/2014 e na LIA, fazendo-se um contraste com a legislação em vigor na época das CPIs, a fim de verificar se houve alteração significativa.

Será exposto no quarto capítulo os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da incidência da LIA exclusivamente aos dirigentes de ONGs, a metodologia de pesquisa, os resultados e a análise crítica.

Conclui-se que a LIA autoriza a legitimidade passiva autônoma do dirigente de ONG e que isso é admitido pelos doutrinadores que abordam o assunto. Aferiu-se, também, que existem poucos Tribunais que já abordaram o tema e que há um dissenso jurisprudencial sobre a questão, preponderando-se a viabilidade da legitimidade passiva autônoma do dirigente de ONG. Todavia, como o Superior Tribunal de Justiça – STJ ainda não pronunciou sobre o tema, é possível que haja uma alteração do viés jurisprudencial.

Portanto, a hipótese inicial não se confirmou.

## **1 TERCEIRO SETOR E ESTADO: PARCERIAS E MECANISMOS DE CONTROLE**

Como o objetivo geral do estudo é o combate à má gestão de recursos públicos pelo Terceiro Setor, primeiro é necessário estabelecer a função das ONGs para o Estado e a razão do Governo facilitar o repasse de recursos públicos para essas pessoas jurídicas. Assim, neste capítulo irá se expor a delimitação do conceito de Terceiro Setor e o processo de parcerias entre Estado e ONGs, isto é, quais são as autorizações normativas e os procedimentos administrativos que viabilizam a celebração de convênios entre o Estado e as ONGs.

Também irá se demonstrar a importância (no sentido qualitativo) e a magnitude (no sentido quantitativo) do Terceiro Setor, utilizando-se de estudos técnicos do Tribunal de Contas da União – TCU, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

Ao final se fará uma distinção entre corrupção e improbidade administrativa e entre processo criminal e o processo cível de improbidade administrativa, a fim de embasar as delimitações acerca da política pública contra a improbidade administrativa no Terceiro Setor.

### **1.1 Importância e Formas das Parcerias**

Uma Organização Não-Governamental é, em suma, um conjunto de pessoas associadas entre si, que almejam para concretizar interesses sociais, sem visar o lucro<sup>1</sup>. Por isso, podem ser auxiliares do Estado na busca do interesse coletivo<sup>2</sup>. Tem essa denominação porque o Estado é conhecido como Primeiro Setor, o mercado como o Segundo Setor e, assim, as ONGs como Terceiro Setor. Essas entidades sem fins lucrativos estão “ocupando pelo menos em tese uma posição intermediária que lhes permita prestar serviços de interesse social sem as limitações do Estado, nem sempre evitáveis, e as ambições do Mercado, muitas vezes inaceitáveis”<sup>3</sup>.

O Terceiro Setor exerce uma atividade complementar à do Estado na defesa dos “direitos humanos, na proteção do meio ambiente, assistência à saúde, apoio a populações

---

<sup>1</sup> GRAZZIOLI, Airton. RAFAEL, Edson José. *Fundações Privadas*. 3. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2013 p., 1-7.

<sup>2</sup> MODESTO, Paulo. CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira. *Terceiro Setor e Parcerias na Área de Saúde*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011, p. 29.

<sup>3</sup> SABO PAES, José Eduardo. *Fundações e Entidades de Interesse Social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. 8. ed. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2013, p. 81-82.

carentes, educação, cidadania, direitos da mulher, direitos indígenas, direitos do consumidor, direitos das crianças etc.”<sup>4</sup>. Em decorrência, as ONGs são instrumentos “para consecução de uma nova dinâmica social e democrática, em que as relações são orientadas pelos laços da solidariedade entre os indivíduos, o espírito de voluntariado e o consenso na busca do bem comum”<sup>5</sup>.

O “Estado pretende modernizar-se através da possibilidade de executar os serviços públicos pelos regimes de parceria, caracterizados pela aliança entre o Poder Público e entidades privadas”.<sup>6</sup> Assim, a partir da própria conceituação, observa-se a grande importância do Terceiro Setor para a implementação dos direitos sociais da população.

O Terceiro Setor é composto por “entidades de interesse social sem fins lucrativos, como associações, e as fundações de direito privado”<sup>7</sup>. *Não é necessário* que possuam o rótulo de organização social<sup>8</sup> ou organização da sociedade civil de interesse público – OSCIP<sup>9</sup> e nem que possuam declaração de utilidade pública. Porém, é imprescindível que se dediquem ao bem da coletividade, e não dos próprios associados.

Assim, estão excluídas do Terceiro Setor outras pessoas jurídicas que, apesar de não terem fins lucrativos, não se dedicam aos fins sociais e/ou públicos, como o condomínio, entidades de mediação e arbitragem, cemitérios, partidos políticos, sindicatos e comissões de conciliação prévia<sup>10</sup>. Também se exclui os serviços sociais autônomos (Sesi, Sesc, Senai, Senac, Sebrae, Senar, Sest, Senat e SESCOOP), porque a criação destes depende de lei autorizativa, bem como porque são beneficiários de contribuições parafiscais, cujos certos atos de dirigentes podem desafiar ação popular e até mandado de segurança<sup>11</sup>. Logo, pelo menos para os fins deste trabalho, o “Sistema S” não tem natureza eminentemente privada, necessária para integrar o Terceiro Setor<sup>12</sup>.

---

<sup>4</sup>SABO PAES, op. cit., p. 89

<sup>5</sup>Ibidem, p. 88.

<sup>6</sup>CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2014, p. 361.

<sup>7</sup>Ibidem, p. 88.

<sup>8</sup> As organizações sociais são regidas pela Lei nº 9.637/1998

<sup>9</sup> As OSCIPs são regidas pela Lei nº 9.790/1999

<sup>10</sup> Aqui segue-se a exclusão feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. IBGE. *As Fundações Privadas e Associações Sem Fins Lucrativos*. Rio de Janeiro: 2012, p.17. Obtido no <http://loja.ibge.gov.br/as-fundacoes-privadas-e-associacoes-sem-fins-lucrativos-no-brasil-2010.html>. Acessado em 16 ago. 2014,

<sup>11</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 538-547. No mesmo sentido: GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 521-522.

<sup>12</sup> Em sentido contrário, pela inclusão do Sistema S no Terceiro Setor: GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 287.

Importa observar que algumas dessas pessoas jurídicas, como os partidos políticos e os sindicatos, podem celebrar convênio com a Administração Pública para obter recursos, a fim de concretizar uma política pública governamental em prol da comunidade. Neste caso, essas pessoas jurídicas estarão agindo como se fossem uma ONG, apesar dessa conduta não ser o cerne de suas atividades. Todavia, ainda assim não incluirá tais pessoas jurídicas na categoria de Terceiro Setor. Porém, nos estudos técnicos do TCU e da CGU, e no levantamento de jurisprudências dos Tribunais do país, observou-se esse “comportamento anômalo” dos partidos políticos e dos sindicatos e se considerou tais precedentes, porquanto eles agiram como se fossem ONGs, obtendo recursos públicos sem licitação, para concretizar uma finalidade pública.

Durante quase uma década, as parcerias entre Estado e Terceiro Setor foram reguladas pela Instrução Normativa nº 01/97, da Secretaria do Tesouro Nacional – IN 01/97, no âmbito da Administração Pública Federal. Essa instrução normativa foi revogada pelo Decreto nº 6.170/2006, inicialmente regulamentada pela Portaria Interministerial nº 127/2008 – PI 127/2008, a qual foi suplantada pela Portaria Interministerial nº 507/2011 – PI 507/2011. Recentemente, houve a publicação da Lei nº 13.019/2014, conhecida como Lei da Organizações da Sociedade Civil – Losc, que entrou em vigor em novembro de 2014.

Portanto, até a edição da Losc, não havia lei específica sobre as parcerias entre Estado e ONGs. Essas parcerias eram instrumentalizadas com um ajuste denominado “convênio”. Conforme Carvalho Filho, “não há legislação específica sobre tal regime, mas como os convênios são pactos nos quais as partes manifestam suas vontades e expressam seus direitos e obrigações, nada impede se continue adotando a mesma sistemática”<sup>13</sup>.

A Losc trouxe novos procedimentos para a celebração das parcerias, mas muito parecidos com os das normas anteriores. Porque aqui se reportará aos convênios feitos preteritamente, é necessário explicar o modo como os convênios eram feitos antes da Losc. As distinções entre as normas serão minudenciadas no Capítulo 3. Por enquanto, cingir-se-á a expor algumas diferenças importantes.

O primeiro ponto é deixar claro que, para firmar uma parceria com a Administração Pública, basta que seja uma pessoa jurídica sem fins lucrativos. Assim, não se exige a qualidade de “organização social” ou OSCIP e nem que possuam declaração de utilidade

---

<sup>13</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 362.

pública. Basta que preencham os requisitos previstos nas normas mencionadas acima e as condições previstas na Lei de Diretrizes Orçamentárias de cada ano.

Por exemplo, para o ano de 2014, a LDO é a Lei nº 12.919/2013, segundo a qual é necessário que as entidades possuam a Certificação de Entidades Benéficas de Assistência Social - CEBAS, mas que pode ser dispensada nos casos em que a entidade se dedique à saúde indígena, diminuição da dependência das drogas, combate à pobreza extrema, atendimento às pessoas com deficiência e pessoas com doenças graves (art. 54 da LDO). Ainda, a maioria dos requisitos para celebrar convênio com a Administração Pública se repete entre as normas, como a exigência de ter experiência no objeto do ajuste e não ter descumprido obrigações de convênios anteriores, previstos, respectivamente, no art. 2º do Decreto nº 6.170/2007, arts. 8º e 10º da Portaria Interministerial 507/2011 e arts. 24 e 39 da Lei nº 13.019/2014.

As ONGs celebram convênios com o Poder Público para concretizar os vários programas de governo, entendidas como “políticas públicas, principal instrumento que os governos utilizam para promover a integração entre os entes e os setores para otimizar seus recursos, sejam eles financeiros, humanos, logísticos ou materiais”<sup>14</sup>. Esses programas são viabilizados pelas ações do governo, que consistem no “conjunto de operações, cujos produtos contribuem para os objetivos do programa governamental. A ação pode ser um projeto, atividade ou operação especial”<sup>15</sup>.

Com vistas na ação governamental, uma ONG apresenta-se à Administração Pública com um projeto de execução de algum programa de governo<sup>16</sup>. Esse projeto é avaliado, processado e, se atender aos critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública, poderá ser celebrado um ajuste entre o Estado e a ONG.

Por exemplo, no Portal da Transparência consta que a Fundação Pio XII firmou os Convênios nºs 677877, 773992, 781334, 761683, 78214, 79840, para implementar as ações governamentais “Fomento a Projetos Institucionais para Pesquisa no Setor de Saúde”, “Apoio

---

<sup>14</sup> Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/glossario/DetalheGlossario.asp?letra=p>>. Acesso em: 10 set. 2014.

<sup>15</sup> Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/glossario/DetalheGlossario.asp?letra=a>>. Acesso em: 10 set. 2014.

<sup>16</sup> Na IN 01/97, esse projeto é denominado de “plano de trabalho” (art. 1º da IN 01/97). O art. 1º do Dec. nº 6.170/2006 também denomina o projeto de “programa”.

à Manutenção de Unidade de Saúde” e “Estruturação de Unidade de Atenção Especializada em Saúde”, num valor total de R\$ 17.892.726,69, no ano de 2014<sup>17</sup>.

Apesar da possibilidade de existir outras formas de parceria, como a disponibilização de espaço público para realização de atividade, a esmagadora maioria das parcerias consiste em repasses de recursos públicos. Esses repasses são classificadas como transferências voluntárias<sup>18</sup>, e ocorrem por meio de convênios<sup>19</sup>, contratos de repasse<sup>20</sup> ou termos de parceria<sup>21</sup>, conforme o Manual de Convênios e Repasses do Tribunal de Contas da União – TCU<sup>22</sup>.

ALosc alterou algumas denominações. De “convênio” passou a se chamar de “termo de colaboração” ou “termo de fomento”. A diferença é que o termo de colaboração advém de um programa sugerido pela própria Administração Pública Federal e o termo de fomento vem da proposta de trabalho sugerida pela OSC (arts. 16 e 17 da lei). No entanto, a Losc manteve distinção com os termos de parceria das OSCIPs. Assim, para efeitos desta pesquisa, a nomenclatura “ONG” ou “entidade sem fim lucrativo” será gênero do qual fazem parte as organizações sociais, OSCIPs, OSCs e “convênios” será gênero das espécies termo de parceria, termo de fomento, termo de colaboração, bem como indicará os ajustes pretéritos firmados entre a Administração Pública e ONGs.

Os recursos para os convênios são alocados no Orçamento Geral da União e são repassadas de duas formas para os convenientes: i) contemplação explícita do conveniente no orçamento, mediante emenda parlamentar ou aprovação de lei específica, de iniciativa do Poder Executivo<sup>23</sup> ou ii) adequação do conveniente ao programa orçamentário, nas modalidades de destinação: 30 – governo estadual, 40 – administração municipal, e 50<sup>24</sup> – entidade privada sem fins lucrativos<sup>25</sup>. As transferências voluntárias são registradas no

<sup>17</sup>Disponível em: <[http://www.portaldatransparencia.gov.br/PortalTransparenciaPesquisaFavorecidoPJ\\_2.asp?Exercicio=2014&hidIdTipoFavorecido=2&hidNumCodigoTipoNaturezaJuridica=3&textoPesquisa=&CpfCnpjNis=49150352000112&NomeFavorecido=FUNDACAO%20PIO%20XII%20\[FUNDACAO%20PIO%20XII\]&valorFavorecido=1789272669](http://www.portaldatransparencia.gov.br/PortalTransparenciaPesquisaFavorecidoPJ_2.asp?Exercicio=2014&hidIdTipoFavorecido=2&hidNumCodigoTipoNaturezaJuridica=3&textoPesquisa=&CpfCnpjNis=49150352000112&NomeFavorecido=FUNDACAO%20PIO%20XII%20[FUNDACAO%20PIO%20XII]&valorFavorecido=1789272669)>. Acesso em: 10 set. 2014.

<sup>18</sup> Cf. art. 25 e ss. da Lei Complementar nº 101/2000; art. 22, §3º da Portaria Interministerial 507/2011, art. 2, III, da Lei nº 13.019/2014.

<sup>19</sup> Art. 1º da Portaria Interministerial CGU/MF/MP 507/2011

<sup>20</sup> Art. 1º da Portaria Interministerial CGU/MF/MP 507/2011

<sup>21</sup> Art. 9º da Lei nº 9.790/1999.

<sup>22</sup> TCU(a). *Convênios e outros repasses*. 4. ed. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2013, p. 13. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2548956.PDF>>. Acesso em: 20 ago.2014.

<sup>23</sup>SABO PAES, op. cit., p. 775.

<sup>24</sup> Modalidade determinada pelo Lei de Diretrizes Orçamentárias – art. 59, inc. III, Lei nº 12.919/2013.

<sup>25</sup> TCU(a), op. cit., p. 18.



Sistema de Administração Financeira do Governo Federal – SIAFI ou no sistema mais recente no Sistema de Convênios - Siconv<sup>26</sup>.

Por gerirem recursos públicos, as ONGs são obrigadas a realizar *processo licitatório para aquisição de bens e serviços comuns*, conforme determina o art. 116 da Lei nº 8.666/1993, o art. 11 do Decreto nº 6.170/2007 e o art. 34, inc. VIII da Losc.

Após a consecução do objeto do convênio, a ONG deve prestar contas da aplicação dos recursos públicos, conforme art. 28 e ss. da IN 01/97, art. 2º do Dec. nº 6.170/2006 e art. 63 e ss. da Losc.

Em suma, esse é o procedimento pelo qual uma ONG interessada em celebrar convênio com a Administração Pública deve percorrer.

## 1.2 Magnitude das Parcerias

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE<sup>27</sup> apurou que, em 2006, havia 267,3 mil ONGs<sup>28</sup> e, em 2010, esse número passou para cerca de 290,7 mil ONGs. Desse número, 46,5% surgiram entre 1981 e 2000 e 40,8% entre 2001 a 2010<sup>29</sup>. Em 2010, as ONGs empregavam 4,9% (2,1 milhões) dos trabalhadores brasileiros. Destes, 18,6% atuavam em políticas públicas de saúde, educação e assistência social, o que representada pouco mais de 54 mil ONGs<sup>3031</sup>.

O IBGE, acertadamente, excluiu da classe “fundações privadas e associações sem fins lucrativos” – Fasfil, os partidos políticos, sindicatos, confederações, condomínios, cartórios, entidades de mediação e arbitragem, comissões de conciliação, conselhos municipais, cemitérios e o “Sistema S”<sup>32</sup>. Portanto, neste trabalho adotou-se a mesma delimitação do Terceiro Setor que o IBGE utilizou para seu estudo. No entanto, os demais estudos técnicos sobre o tema não fizeram o mesmo, em razão da forma de pesquisa (pela modalidade).

<sup>26</sup> Art. 38 da Portaria Interministerial CGU/MF/MP 507/2011

<sup>27</sup> IBGE. *As Fundações Privadas e Associações Sem Fins Lucrativos*. Rio de Janeiro: 2012. Disponível em: <http://loja.ibge.gov.br/as-fundacoes-privadas-e-associacoes-sem-fins-lucrativos-no-brasil-2010.html>. Acesso em: 16 ago. 2014

<sup>28</sup> Esse número somente inclui as ONGs ativas, entendidas como aquelas que mantém empregados assalariados ou se declararam como ativas na Relação Anual de Informações Sociais.

<sup>29</sup> IBGE, op. cit., p.30.

<sup>30</sup> Ibidem, p. 74-77.

<sup>31</sup> Aparentemente, não existe um estudo detalhado como este para o período posterior a 2010.

<sup>32</sup> IBGE, op. cit., p. 17.

As ONGs celebram convênio com a Administração Pública na modalidade 50 – “transferências a instituições privadas sem fins lucrativos”<sup>33</sup> que é a classificação do SIAFI. No entanto, outras pessoas jurídicas, sem fins lucrativos, também celebram convênio nessa modalidade. Assim, em razão de se utilizar a modalidade 50 como parâmetro, a maioria das pesquisas englobamos repasses às ONGs, ao Sistema S, aos partidos políticos e aos sindicatos, nos momentos em que agem como ONGs, dentre outras pessoas jurídicas que recebem recursos na modalidade 50.

Portanto, os números abaixo serão citados para se obter uma noção aproximada do volume de recursos públicos gastos com o Terceiro Setor, mas sem compromisso com a precisão dos valores transferidos especificamente às ONGs.

A Controladoria-Geral da União – CGU, que auxiliou Comissão Parlamentar de Inquérito sobre ONG, em 2007, fez uma análise e concluiu que, entre 1999 e 2006, a Administração Pública celebrou 42.517 convênios com 10.480 entidades sem fins lucrativos. Conclui-se, portanto, que várias instituições celebraram mais de um convênio<sup>34</sup>.

No tocante ao repasse de recursos públicos, o Ipea apurou que, entre 2002 e 2009, de uma forma geral, o Estado brasileiro (União, estados, municípios e o Distrito Federal) transferiu mais recursos públicos para ESFLs, entendida esta como entidades sem fins lucrativos<sup>35</sup>. No entanto, a União diminuiu os repasses, no período avaliado, enquanto os estados e municípios aumentaram os repasses para as entidades sem fins lucrativos. Segue o gráfico 1 que demonstram os resultados do Ipea.

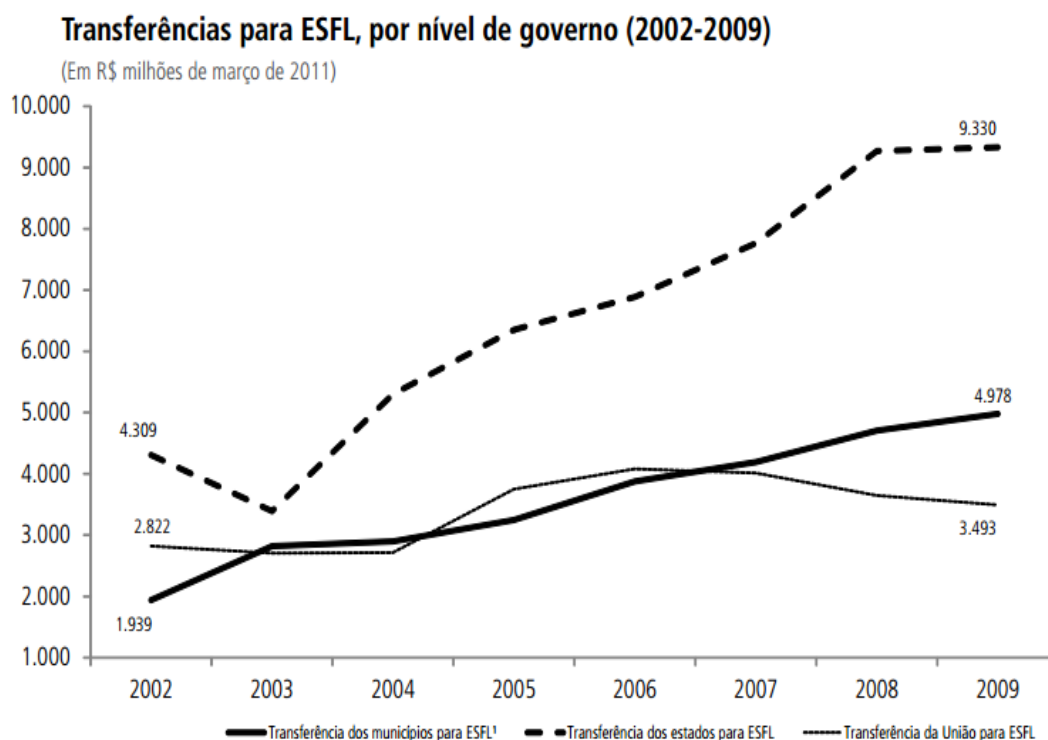
---

<sup>33</sup>TCU(b), *Relatório de Gestão do Governo de 2013*, p. 130. Disponível em: <[http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas\\_governo/](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/)>. Acesso em: 5 ago. 2014.

<sup>34</sup>CONGRESSO NACIONAL(b). *Relatório Final da CPI das ONGs*. Criada por meio do requerimento nº 201/2007. Brasília: Congresso Nacional, 2010, p. 182-201. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194594/CPIongs.pdf?sequence=6>>. Acesso em: 01 set. 2014.

<sup>35</sup>IPEA(a). *Transferências federais a entidades privadas sem fins lucrativos*. Rio de Janeiro: Ipea, 2012, p. 11. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=15974](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=15974)>. Acesso em: 26 set. 2014.

## GRÁFICO 1: Transferências para ESFL



Fonte: IPEA(a), op. cit., p. 11.

O gráfico seguinte analisa o período entre 2003 e 2011, no qual houve uma retração dos repasses da União para ONGs. Enquanto em 2005 houve repasse de R\$ 6,24 bilhões, em 2011 as transferências voluntárias foram de R\$ 1,37 bilhões<sup>36</sup>. Uma das possíveis causas dessa diminuição é que “a União teria deixado de conveniar diretamente com as entidades para transferir recursos de forma indireta por meio dos demais níveis de governo”<sup>37</sup>.

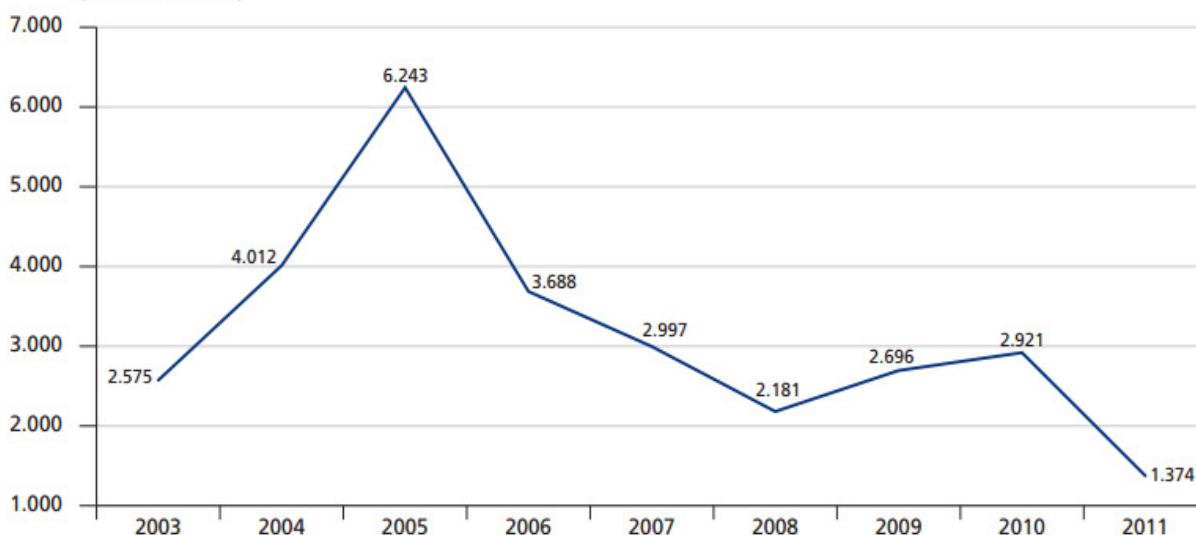
<sup>36</sup> IPEA(b). *As entidades sem fins lucrativos e as políticas públicas federais: tipologia e análise de convênios e organizações (2003-2011)*. Rio de Janeiro: Ipea, 2013, p. 12-13. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=20642](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=20642)>. Acesso em: 16 ago. 2014.

<sup>37</sup> Ibidem, p. 13

## GRÁFICO 2: Evolução anual dos valores dos convênios do governo federal

### Evolução anual dos valores dos convênios do governo federal celebrados com entidades sem fins lucrativos – ESFLs (2003-2011)

(Em R\$ milhões)



Fonte: Siga Brasil. Posição em fevereiro de 2013.

Elaboração dos autores.

Obs.: o gráfico foi elaborado com base nos dados do Siga Brasil, os quais incluem as transferências realizadas pela Financiadora de Estudos e Projetos (FINEP) para fundações de apoio à pesquisa (FAPs) e as transferências orçamentárias realizadas pela modalidade orçamentária 50, ou seja, transferências para entidades sem fins lucrativos (ESFLs). A menção à FINEP se deve ao fato de que os convênios realizados por esta organização, vinculada ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI), ainda não constam oficialmente nas bases de convênios do governo federal, em particular, no Sistema de Convênios (SICONV). Alerta-se, ainda, que neste e nos demais gráficos, todos os valores são empenhados e atualizados para junho de 2012, de acordo com o Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA).

Fonte: IPEA(b), op. cit., p. 12.

Ao analisar um período posterior aos estudos do Ipea, o TCU observou um aumento de recursos públicos transferidos para instituições privadas sem fins lucrativos. Na Tabela 1 e no Gráfico 3, referente ao período 2009-2013, denota-se que União transferiu para as instituições privadas sem fins lucrativos o valor de R\$ 2,2 bilhões em 2011, R\$ 3 bilhões em 2012 e R\$ 4,56 bilhões em 2013 (transferências da modalidade 50):

**TABELA 1: Transferências mediante convênios**

**Transferências a estados, municípios, DF, instituições privadas e organismos internacionais mediante convênios e instrumentos congêneres – valores empenhados de 2009 a 2013 <sup>1</sup>**

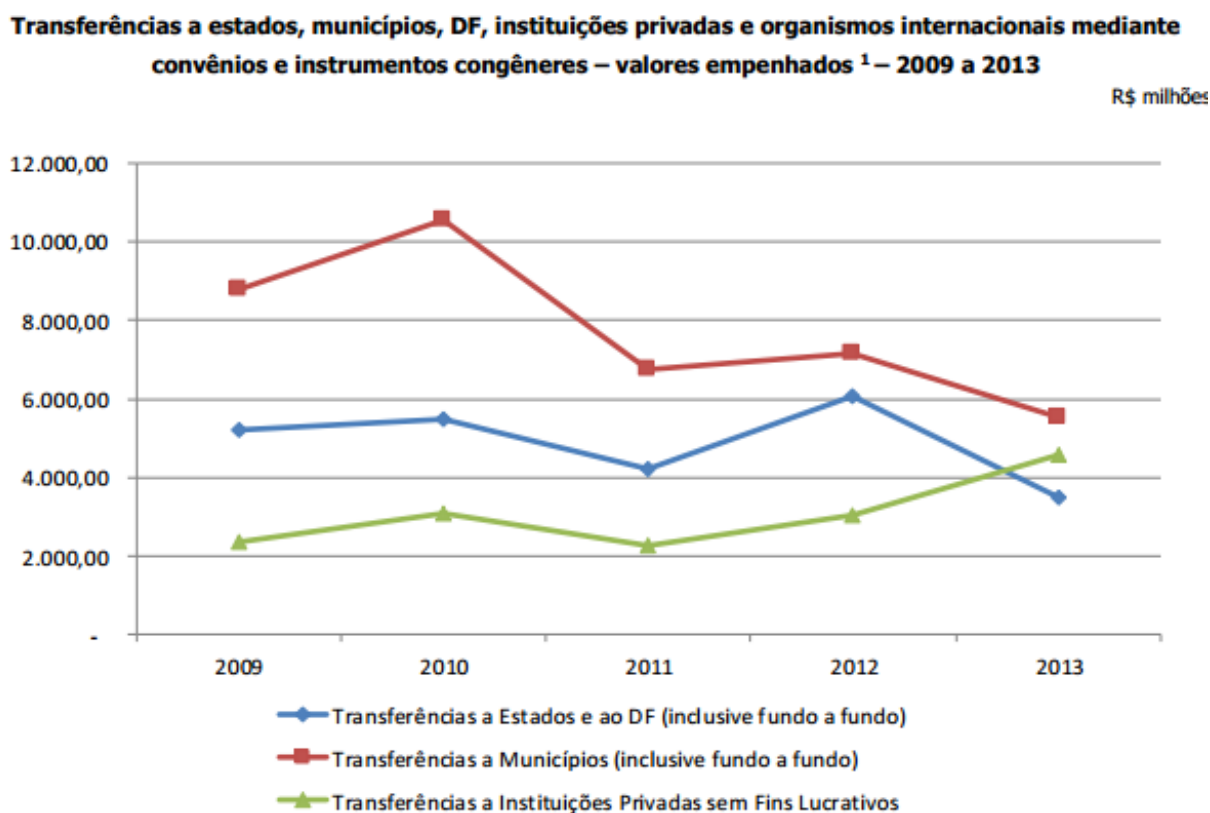
		R\$ milhões				
Modalidade		Empenhado				
		2009	2010	2011	2012	2013
30	Transferências a estados e ao DF	5.191,30	5.494,09	4.177,33	6.025,06	3.424,37
31	Transferências a estados e ao DF - fundo a fundo	-	0	16,36	61,83	79,47
40	Transferências a municípios	8.800,40	10.545,88	5.246,03	5.169,55	3.124,05
41	Transferências a municípios - fundo a fundo	-	0	1.502,96	1.977,81	2.395,93
50	Transferências a instituições privadas sem fins lucrativos	2.347,40	3.065,62	2.242,86	3.026,14	4.564,00
<b>Total</b>		<b>16.339,10</b>	<b>19.105,59</b>	<b>13.185,54</b>	<b>16.260,39</b>	<b>13.587,82</b>
						<b>78.478,44</b>

Fonte: Elaboração própria a partir de dados extraídos do Siafi Gerencial.

(1) Valores correntes.

Fonte: TCU(b), op. cit., p. 127

### GRÁFICO 3: Transferências mediante convênios



Fonte: Siafi Gerencial. Dados tratados por TCU.

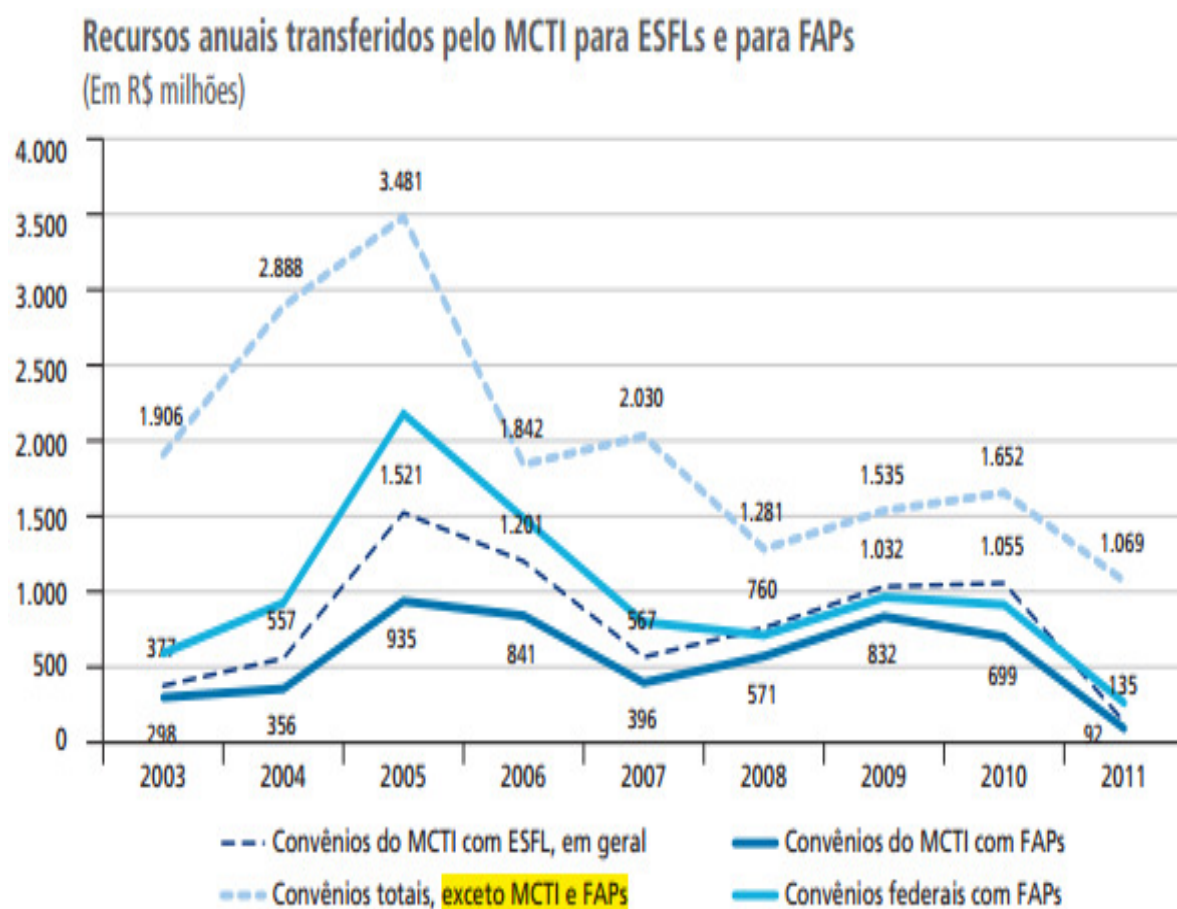
(1) Valores correntes.

Fonte: TCU(b), op. cit., p. 128

Assim, conforme o TCU, de 2009 a 2013, a União repassou cerca de R\$ 15,2 bilhões para entidades sem fins lucrativos.

Parte significativa das transferências de recursos na modalidade 50 é destinada às fundações de apoio à pesquisa (FAP's), as quais não se qualificam como ONGs, para os fins do presente trabalho. Abaixo segue o gráfico 4, elaborado pelo Ipea, que faz uma análise comparativa entre recursos públicos transferidos para instituições sem fins lucrativos, incluindo e excluindo repasses feitos às FAP's que recebem quantidade expressiva dos recursos da modalidade 50:

**GRÁFICO 4: Recursos anuais transferidos pelo MCTI**



Fonte: Siga Brasil e FINEP.

Elaboração dos autores

Obs.: os dados da FINEP foram confrontados com eventuais ausências da base Siga Brasil pois atualmente convênios firmados pela FINEP estão fora do sistema oficial de convênios do governo federal, o SICONV.

Fonte: IPEA(b), op. cit., p. 41.

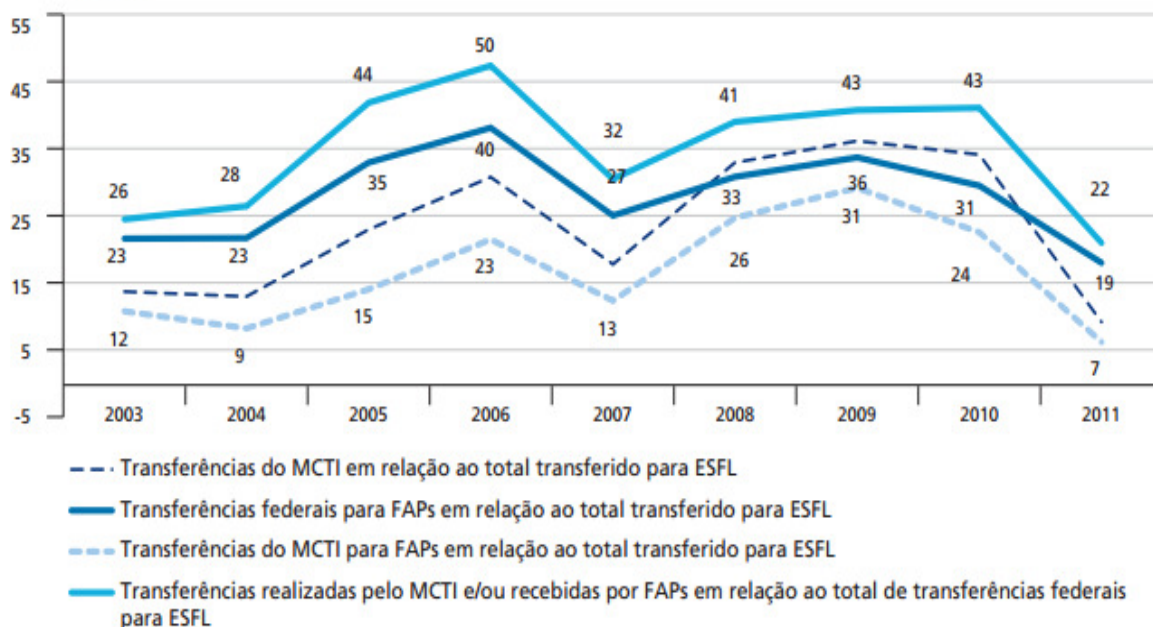
Assim, as Fundações de Apoio recebem significativa parte dos recursos retratados nas extrações de dados do SIAFI, chegando ao pico de 50% dos recursos em 2006, mas caindo para 22% em 2011<sup>38</sup>, conforme o gráfico 5:

<sup>38</sup> IPEA(b), op. cit., p. 41-42.

### GRÁFICO 5: Porcentagens anuais

Porcentagens anuais de recursos transferidos pelo MCTI e para FAPs, em relação ao total das transferências voluntárias federais para ESFL (2003-2011)

(Em %)



Fonte: Siga Brasil e FINEP.  
Elaboração dos autores.

Fonte: IPEA(b), op. cit., p. 42.

Nesse contexto, percebe-se que grande parte dos recursos da modalidade 50 são transferidos para outras entidades sem fins lucrativos que não se encaixam no conceito de Terceiro Setor delimitado neste trabalho. Apesar das CPIs e dos trabalhos dos Ipea também se dedicarem às ONGs, não houve delimitação para os recursos recebidos somente pelas ONGs, com exceção do quadro do Ipea que somente decota os repasses para as fundações de apoio.

De todo modo, repisa-se que o presente item serve para demonstrar que a relação entre a União e o Terceiro Setor envolve centenas de servidores públicos, milhares de processos administrativos e bilhões de reais. Essa magnitude traz a reboque dificuldades no controle dos convênios.

Antes de verificar quais são os meios de controle do Terceiro Setor, faz-se necessário esclarecer os limites entre corrupção, improbidade administrativa e a incidência de ambos no Terceiro Setor.

### 1.3 Corrupção e Improbidade Administrativa: uma distinção necessária

O Direito visa coibir condutas que causam lesão ou violam direitos de outras pessoas ou instituições. Evidentemente, não são todas as condutas desonestas ou imorais que são repreendidas pelo Direito. Por exemplo, “furar fila” é considerado uma conduta desonesta ou imoral, mas não é selecionada pelo Direito como suficientemente indesejável, a ponto de receber uma atenção do ordenamento jurídico. Nesse caso, a repreensão é feita somente pelo meio social, por manifestação das demais pessoas prejudicadas na fila.

Pode-se dizer que uma parte significativa das normas do ordenamento jurídico é editada justamente para conter essas condutas desonestas ou imorais. O espectro das condutas que se irá pesquisar nesse trabalho diz respeito àquelas que lesionam a administração pública. Nesse sentido, existem muitas condutas repreendidas pelo Direito e que são identificadas como corrupção.

Por se tratar de um conceito amplo, utilizado pela sociedade de maneira genérica, pode-se estabelecer uma corrupção *lato sensu*, que engloba uma grande gama de condutas identificadas como corrupção pela sociedade, pela sociologia, pela economia, dentre outros ramos do conhecimento, e uma corrupção *strictu sensu*, que são aquelas tipificadas nos arts. 317 e 333 do Código Penal.

No sentido da corrupção *lato sensu* pode-se encaixar o suborno ao agente público e a *má gestão da coisa pública* (improbidade administrativa) etc. O fato é que existem milhares de trabalhos e estudos sobre a corrupção e seus efeitos, mas, ainda assim, não existe um conceito definido do que venha a ser a corrupção (*lato sensu*). Nesse aspecto, a literatura internacional aborda as peculiaridades e distinções do(s) conceito(s) de corrupção, com destaque para alguns critérios, quais sejam: o interesse público, o serviço público, o econômico e a opinião pública.

Segundo Mark Philip, pelo critério do serviço público (“*public office*”), a corrupção é a violação das normas do serviço, visando um ganho pessoal ou para terceira pessoa, que, por sua vez, recompensa o agente público<sup>39</sup>. Para Carl Friedrich, corrupção, conforme o critério

---

<sup>39</sup> PHILIP, Mark. Corruption Definition and Measurement. In: SAMPFORD, Charles. SHACKLOCO, Arthur. CONNORS, Carmel (Orgs). *Measuring Corruption*. Hampshire: Ed. Ashgate Publishing Limited, 2006, p. 45-49.



do interesse público, é a conduta do servidor público que lesiona o interesse público<sup>40</sup>. Como se percebe, esses dois primeiros critérios (do serviço público e do interesse público) são interdependentes e de difícil dissociação, mas ambos fazem alusão a um conceito corrupção que necessariamente envolve uma instituição pública.

Em contraposição, Van Klaveren<sup>41</sup> e Nathaniel H. Leff<sup>42</sup> utilizam o critério econômico, segundo o qual a corrupção é o resultado da pressão de um grupo de pessoas que busca obter influência na burocracia estatal para maximizar seus lucros com eficiência (eficiência aqui é utilizada no seu conceito econômico). Esse conceito alarga um pouco a concepção acima e inclui grupos de particulares atentando contra um interesse público.

Por fim, cita-se o critério da opinião pública, desenvolvido por Arnold Heidenheimer, segundo uma graduação de percepção<sup>43</sup>. A corrupção negra é aquela percebida tanto pela elite quanto pela massa popular e que ambas reclamam por punição. A corrupção cinza é aquela percebida por somente um grupo de pessoas, geralmente da elite, sendo que a maioria da população ficaria ambivalente. E a corrupção branca significa o ato tolerável, pelo qual a maioria da elite e da massa popular não concordaria com punição.

Um exemplo doméstico sobre essa corrupção branca seria a campanha “contra a pequena corrupção” lançada pela Controladoria-Geral da União, visando justamente conscientizar a população de que a cultura de “furar fila”, “falsificar carteirinha de estudante”, “roubar sinal de TV a cabo”, o “jeitinho brasileiro”, etc., também se constituem em corrupção, segundo uma larga concepção<sup>44</sup>.

Como se nota, realmente é difícil estabelecer uma noção delimitação de corrupção (*lato sensu*). A despeito disso, para o Direito, em razão do princípio da legalidade (art. 5, inc. II, da Constituição Federal), para uma conduta ser considerada corrupta deve estar expressamente prevista no ordenamento jurídico. Nesse sentido, as principais condutas corruptas (*lato sensu*) estão previstas no Código Penal, mormente no seu Título XI (arts. 312 a 359), que contêm os crimes cometidos contra a Administração Pública. Dentre estes, os

---

<sup>40</sup> FRIEDRICH, Carl J. Corruption Concepts in Historical Perspective Conceptualizing Political Corruption. In: HEIDENHEIMER, Arnold J; JOHNSTON, Michael (Orgs). *Political Corruption Concepts & Contexts*. 3.ed. New Jersey: Transaction Publishers, 2009, p.15-16.

<sup>41</sup> KLAVEREN, Jacob Van. *Corruption as a Historical Phenomenon*. Ibidem, p.83-90.

<sup>42</sup> LEFF, Nathaniel H. Economic Development Through Bureaucratic Corruption. Ibidem, p.307.

<sup>43</sup> HEIDENHEIMER, Arnold. *Perspectives on the Perception of Corruption*. In: HEIDENHEIMER, JOHNSTON, op. cit., p.152.

<sup>44</sup> CGU. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Imprensa/Noticias/2014/noticia01214.asp>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

crimes mais comumente percebidos como corrupção são o peculato, aconcussão, a prevaricação, a corrupção ativa e passiva (corrupção *strictu sensu*) e o tráfico de influência.

No âmbito das condutas desonestas, também identificadas como corrupção *lato sensu*, encontra-se a improbidade administrativa, que “com a finalidade de combater atos que afetem a moralidade e maltratem a coisa pública”<sup>45</sup>. Essa “espécie” de corrupção vem prevista na Constituição Federal (art. 37, §4º, CF) e especificamente combatida pela Lei nº 8.429/92, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa – LIA.

Essa especialização do Direito na repreensão de condutas desonestas do gestor público fundamenta-se no fato de que este é merecedor da confiança pública, por exercer um cargo de relevância no trato da coisa pública. Nesse sentido, é necessária uma correspondência entre a importância da gestão pública e a magnitude de eventual sancionamento em face do gestor público.

A improbidade administrativa “é uma imoralidade administrativa qualificada”<sup>46</sup>. Pode-se conceituar a improbidade administrativa como o “ato ilícito, praticado por agente público ou terceiro, geralmente de forma dolosa, contra as entidades públicas e privadas, gestoras de recursos públicos, capaz de acarretar enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos princípios que regem a Administração Pública”<sup>47</sup>.

Fazendo-se um cotejo entre as leis penais e a LIA, percebe-se que existe uma grande interseção de condutas. Aliás, quase a totalidade dos crimes cometidos por um agente público contra a Administração Pública também tem o potencial de constituírem ato de improbidade administrativa. Todavia, dificilmente um crime contra a Administração Pública, praticado por particular, também irá se constituir em ato de improbidade administrativa, porque o particular não gere a coisa pública.

Por outro lado, existem condutas corruptas que não se encaixam no espectro penal, mas que são processadas no Juízo Cível pela Lei nº 8.429/92. Por exemplo, deixar de prestar contas sobre o dinheiro público é ato de improbidade administrativa, segundo o art. 11, inc. VI da mencionada lei, mas não necessariamente constitui crime.

---

<sup>45</sup> MATTOS(a), Mauro Roberto Gomes de. *O Limite da Improbidade Administrativa*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Ed. América Jurídica, 2010, p. 27.

<sup>46</sup> OSORIO, Fabio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 87.

<sup>47</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. 2. ed. São Paulo: Ed. Método, 2014, p. 9.

Seria corrupção votar em determinado candidato eleitoral sob a promessa de se obter um cargo público? Independentemente de o votante ser filiado ao mesmo partido político do candidato? Vislumbra-se que o Direito Penal teria dificuldade em responder essa pergunta, já que não se trata de um caso evidente de corrupção, tal qual o suborno. Pelo lado da LIA, igualmente não seria de fácil resposta, mesmo considerando que essa lei não é restringida ao especialmente rígido princípio da legalidade no Direito Penal. Isto é, mesmo com as cláusulas abertas dos artigos 9º, 10º e 11 da LIA, ainda assim o Direito tem dificuldade em estabelecer de forma precisa o que vem a ser corrupção ou ato de improbidade administrativa.

De toda forma, é preciso deixar claro que *esta pesquisa não se debruçará sobre o aspecto penal das condutas*. Apesar de uma mesma situação poder ser enquadrada como crime e como ato de improbidade administrativa, os requisitos de cada “enquadramento” são diferentes e os procedimentos são distintos. Assim, quando neste trabalho se referir à corrupção, faz-se alusão à corrupção *lato sensu*, que inclui o desvio de recursos públicos, o suborno, a utilização indevida ou dilapidação do patrimônio público. Enfim, a corrupção negra, e não a corrupção *strictu sensu*, esta restrita à seara criminal.

Portanto, visa-se estudar a má gestão de recursos públicos, no Terceiro Setor, pelo prisma da Lei de Improbidade Administrativa. Essa má-gestão pode ser influenciada pela conduta de todos os poderes da República. Esse conjunto de condutas pode ser classificado como uma política pública contra a improbidade administrativa no Terceiro Setor, como será visto nos próximos itens.

#### **1.4 Funções dos Poderes da República nas Políticas Públicas**

Antes de identificar qual é a política pública contra a malversação de recursos pelas ONGs, é necessário fazer uma incursão sobre o que vem a ser uma política pública. Primeiramente, é de se notar que a noção de política pública é muito abrangente. É difícil pensar em alguma ação estatal que, direta ou indiretamente, não esteja ligada a algum tipo de política pública. A depender da magnitude que se confira ao conceito de política pública até atos administrativos ordinários, como a concessão de férias a servidor público, podem ser enquadrados como uma política pública para manter a higidez e saúde dos servidores e, assim, melhorar a atuação estatal.

Visando sistematizar o entendimento sobre o conceito de políticas públicas, Enrique Saravia a conceitua como um processo que se constrói mediante um “fluxo de decisões públicas, orientado a manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios destinados a modificar essa realidade”<sup>48</sup> cuja finalidade é atingir a “consolidação da democracia, justiça social, manutenção do poder, felicidade das pessoas”<sup>49</sup>.

Muito embora seja possível se identificar algumas características gerais do processo de formação, uma política pública não possui, necessariamente, uma racionalidade evidente. Vale dizer, “não é uma ordenação tranquila na qual cada ator social conhece e desempenha o papel esperado”<sup>50</sup>. Esse ponto é importante, pois é preciso deixar claro que os atores das políticas públicas, via de regra, não agem de forma coordenada ou previamente ajustada.

A extensa gama de atores e de instrumentos (transferências de recursos, processos administrativos, processos de avaliação, ações judiciais, etc.) potencializa a falta de racionalidade na construção das políticas públicas<sup>51</sup>. Cada ator, ou grupo de atores, interpreta (ou tenta decodificar) a realidade social, constrói uma imagem e tenta produzir um referencial de políticas públicas, isto é, escolhe os critérios de intervenção na sociedade, buscando modificar a realidade<sup>52</sup>.

Em razão dessa falta de racionalidade entre os atores da política pública, Maria Paula Dallari Bucci chegou a dizer que é “plausível considerar que não haja um conceito jurídico de políticas públicas”<sup>53</sup>, dada a abrangência e a complexidade dos diversos fatores e atores que incidem e atuam nas políticas públicas. Segundo a mencionada autora, “há apenas um conceito de que se servem os juristas”<sup>54</sup>, segundo a qual política pública é a ação estatal resultante de processos jurídicos (administrativos, legislativos e judiciais), visando coordenar os instrumentos públicos e privados para a consecução de objetivos socialmente importantes e politicamente determinados<sup>55</sup>. A partir desse conceito tripartite é que se desenvolve a política pública contra a má gestão no Terceiro Setor.

---

<sup>48</sup>SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAVIA, Enrique. FERRAREZI, Elisabete (Orgs.) Políticas Públicas. Coletânea. Vol. 1. Brasília: Escola Nacional de Administração Pública, 2007, p. 28

<sup>49</sup> Ibidem, p. 29

<sup>50</sup> Ibidem, p. 29

<sup>51</sup> Ibidem, p. 29

<sup>52</sup>MULLER, Pierre. *Las políticas públicas*. Traduzido por Jean-François Jolly e Carlos Salazar Vargas. Colombia: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 48-51

<sup>53</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas*. Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006, p. 47

<sup>54</sup> Ibidem, p. 47

<sup>55</sup> Ibidem, p. 39.

A participação do Poder Legislativo nas políticas públicas é evidente. É casa dos representantes do povo, onde ocorrem os debates, as influências, as escolhas das políticas públicas, a dotação orçamentária e a fiscalização da concretização, por meio do Tribunal de Contas da União. É possível identificar políticas públicas somente pela análise das leis, como, por exemplo, a Lei Maria da Penha, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto do Idoso etc. Essas normas estabelecem diretrizes de orientação para a atuação estatal.

As dificuldades consistem na implementação e execução dessas políticas públicas pelo Poder Executivo. Este poder é gigantesco, complexo e o principal ator da maioria das políticas públicas. Como se verá no próximo item, um dos principais meios de o Poder Executivo concretizar políticas públicas é pela transferência de recursos para outros órgãos públicos dos diversos entes federativos, da Administração direta e indireta, bem como a particulares, como são os casos das ONGs que recebem recursos públicos para cumprir uma ação governamental.

O papel do Poder Judiciário nas políticas públicas não é tão evidente quanto para os demais poderes, pelo óbvio motivo de que as escolhas políticas, bem como a forma de execução das políticas públicas, são de responsabilidade dos representantes eleitos do povo, ou seja, trata-se de uma atividade eminentemente política e governamental. No entanto, por meio de uma análise mais acurada, percebe-se que o Poder Judiciário, na verdade, tem papel fundamental para algumas políticas públicas. Por exemplo, visando diminuir a violência doméstica contra a mulher, o Poder Legislativo editou a Lei Maria da Penha e o Poder Executivo concretiza e dá início às medidas protetivas previstas na lei. Por sua vez, o Poder Judiciário é responsável pela aplicação definitiva das leis, bem como a dosagem das penas.

Por outro lado, o Poder Judiciário pode analisar políticas públicas. Primeiro em razão da inafastabilidade de apreciação de possibilidade de lesão a direito (art. 5, inc. XXXV da Constituição Federal). Em razão disso, o Judiciário amplia “o leque de atores que podem influenciar a implementação de políticas públicas, mesmo depois de elas serem aprovadas por amplas maiorias legislativas”<sup>56</sup>. Por exemplo, alguns órgãos que não foram ouvidos durante o processo legislativo e o processo de implementação das políticas públicas, podem ser levados

---

<sup>56</sup>TAYLOR, Matthew M. *O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil*. In: Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol.50, nº2, 2007, p. 234. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0011-52582007000200001&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582007000200001&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 13 out. 2014, p. 234

em consideração em uma eventual ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, como, por exemplo, a OAB e o Procurador-Geral da República<sup>57</sup>.

Assim, o Judiciário se torna um importante instrumento de contestação das políticas públicas, “permitindo que algumas vozes minoritárias sejam incorporadas, ainda que minimamente ou de forma marginal, na elaboração dessas políticas”<sup>58</sup>. Por exemplo, “das 10 principais iniciativas políticas aprovadas durante o governo Fernando Henrique, todas foram contestadas de alguma forma pelo Judiciário, e sete das 10 foram alteradas ou atrasadas de alguma maneira no STF”<sup>5960</sup>. No governo Lula, o Judiciário também se manifestou em importantes políticas públicas, como quando, por exemplo, aprovou uma incorporação empresarial da Nestlé, anulando decisão denegatória do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, negou cobrança retroativa do PIS/Cofins, etc<sup>61</sup>.

Além dessas questões, em se tratando de sanções, como o controle judicial das multas aplicadas administrativamentee a mensuração das penas por ato de improbidade administrativa, o papel do Poder Judiciário é mais nítido. Em suma, observa-se que são naturais a análise e a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas. Essa naturalidade está na análise da constitucionalidade e da legalidade das políticas públicas adotadas e implementadas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário, bem como no controle e na aplicação de sanções estatais.

Em conclusão, observa-se que o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário possuem funções centrais na consecução das políticas públicas. Resta delinear, então, a política pública contra a malversação de recursos no Terceiro Setor, objeto do presente estudo.

### **1.5 Controle do Terceiro Setor**

A política pública contra a má gestão de recursos públicos no Terceiro Setor pode ser identificada nas formas de controle estatal dos convênios celebrados com as ONGs. Assim, a

---

<sup>57</sup> TAYLOR, op. cit., p. 238.

<sup>58</sup> Ibidem, p. 235.

<sup>59</sup> Ibidem, p. 237.

<sup>60</sup> As políticas referidas são o Fundo Social de Emergência, o Plano Real, as reformas da ordem econômica, o Plano Nacional de Desestatização, o Fundo de Estabilização Fiscal, a Contribuição Provisória sobre a Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – CPMF, a reforma administrativa, a reforma previdenciária, a tributação da aposentadoria de servidores públicos e o racionamento de energia elétrica. TAYLOR, op. cit., p. 251.

<sup>61</sup> TAYLOR, op. cit., p. 237.

intenção do presente subitem é expor as formas de controle da malversação de recursos públicos pelo Terceiro Setor. Nos demais capítulos, irá se verificar se essa política pública é efetiva ou não.

Pode-se dizer que a política pública contra a malversação de recursos públicos no Terceiro Setor é manifestada por meio da edição de leis, pela forma de celebração e fiscalização dos convênios e pelas punições decorrentes dos atos ilícitos.

O controle legislativo é concretizado por meio da edição de leis e pelas investigações das Comissões Parlamentares de Inquérito– CPI (controle repressivo). Aqui se utiliza um conceito restrito do controle legislativo, no qual *não* se inclui a fiscalização do Tribunal de Contas. Não há dúvidas de que o Tribunal de Contas é órgão auxiliar do Poder Legislativo. Todavia, igualmente não resta dúvida de que a manifestação do Tribunal de Contas é um ato administrativo e não legislativo. Conforme Carvalho Filho, “onde não há criação de direito novo ou solução de conflitos de interesses na via própria (judicial), a função exercida, *sob o aspecto material*, é a administrativa” (g.n.)<sup>62</sup>. Por isso, para fins deste artigo, as decisões do Tribunal de Contas serão consideradas como controle administrativo.

O controle administrativo pode ser realizado de forma preventiva e de forma repressiva. A preventiva é por meio dos critérios de escolha das entidades, da verificação da honestidade e experiência na realização do objeto a que se pretende compactuar, visando aumentar a probabilidade de sucesso do devido cumprimento do convênio. A forma repressiva é feita por meio do controle *a posteriori* do devido cumprimento do objeto pactuado, por meio da prestação de contas. De acordo com o art. 70, parágrafo único da Constituição Federal, todo aquele que gere recursos públicos federais é obrigado a prestar contas ao Tribunal de Contas da União e, simetricamente, recursos estaduais e municipais aos Tribunais de Contas Estadual respectivo. No âmbito federal, o processo de prestação de contas está regulamentado pela Lei nº 8.443/92 e pela Instrução Normativa – TCU nº 71, de 28 de novembro de 2012.

Caso o conveniente não preste contas ou não comprove corretamente os gastos dos recursos públicos, será instaurada uma Tomada de Contas Especial - TCE<sup>63</sup> (art. 8º da Lei nº 8.442/1992) pela autoridade administrativa competente, a fim de precisar o *quantum* devido e os responsáveis por ressarcir o erário. No prazo de 180 dias a TCE deve ser encaminhada ao

---

<sup>62</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 5.

<sup>63</sup> De acordo com o art. 6º, inc. I da Instrução Normativa nº 71/2012, não será instaurada Tomada de Contas Especial para valores abaixo de R\$ 75.000,00.

Tribunal de Contas da União, para fins de julgamento, o que irá definir as responsabilidades, individual ou solidária, para o ressarcimento ao erário (art. 12 da Lei nº 8.442/1992). Ainda, o TCU poderá aplicar multa no caso de julgamento de contas irregulares (art.19 da Lei nº 8.442/1992).

Por outro lado, de acordo com o Decreto nº 7.592/2011, as ONGs que não prestarem contas, descumprirem injustificadamente o objeto do convênio, desviarem a finalidade do convênio ou causarem dano ao erário, serão impedidas de celebrar novos ajustes com a Administração Pública Federal e serão inscritas no Cadastro de Entidades Privadas Sem Fins Lucrativos Impedidas – Cepim. Portanto, a ONG que aplicar irregularmente os recursos públicos advindos de convênios poderão sofrer, administrativamente, penalidades de i) ressarcimento ao erário, ii) multa e iii) impedimento para realização de novos convênios com a Administração Pública Federal (art. 3º, § 2º do Dec. nº 7.592/2011).

O controle judicial é deflagrado pelo controle administrativo<sup>64</sup>, que também é responsável por preparar e dar início ao processo de penalização judicial. O Poder Judiciário também tem funções repressiva e preventiva contra a gestão temerária no Terceiro Setor. A repressiva é, evidentemente, a efetivação das penas no caso concreto. A preventiva é a repercussão das condenações judiciais para os outros agentes potencialmente ímprobos.

Ainda cabe esclarecer que ao controle administrativo é possível autoexecutar algumas penalidades, como o impedimento à realização de novos convênios com ONGs desonestas, por meio da inscrição no Cepim, e estabelecer o *dever* de ressarcir o erário. As penalidades de pagamentos *forçados* de débitos (principal e multa) e de suspensão dos direitos políticos são exclusivos do controle judicial. Nesse sentido, o *controle judicial constitui-se em elemento essencial na diminuição da corrupção no Terceiro Setor*.

Em síntese, esses são os mecanismos de controle do Terceiro Setor, que exercem influência sobre os agentes ímprobos, visando diminuir a corrupção, pelo menos em tese. No próximo capítulo, será exposta a teoria da escolha racional, que estuda justamente o comportamento das pessoas. Com base nela, pode-se reagir ou adotar medidas tendentes à diminuição da malversação de recursos públicos. Uma vez esclarecida a teoria da escolha racional, os capítulos 4 e 5 buscam analisar se os instrumentos jurídicos à disposição do Estado tem o poder de diminuir a improbidade administrativa no Terceiro Setor.

---

<sup>64</sup> Aqui se inclui o Ministério Público dentro da função administrativa do Estado.



## 2 TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL APLICADA À MÁ GESTÃO NO TERCEIRO SETOR

O combate à malversação de recursos no Terceiro Setor pode ser engendrada sob diversos aspectos, como a diminuição da quantidade de convênios, a diminuição dos recursos públicos a serem repassados, a melhor escolha das ONGs com as quais se irá conveniar, as melhorias na estrutura da fiscalização estatal etc.

No presente estudo, escolheu-se o prisma do dirigente corrupto, isto é, o que leva um dirigente de ONG a estabelecer um convênio com a Administração Pública e depois desviar os recursos públicos, não prestar as contas ou simplesmente ser negligente na administração dos recursos públicos? A partir da descoberta da(s) resposta(s) poderá se *aprimorar* a estrutura de combate à improbidade administrativa no Terceiro Setor. Em outras palavras, se o desejo de diminuir a malversação e os desvios, não basta tomar medidas administrativas como a diminuição de convênios, mas, sim, é preciso pensar se tais medidas têm o potencial de diminuir as condutas ímprobas das pessoas que dirigem as ONGs.

A teoria da escolha racional oferece instrumentos para se vislumbrar qual será o comportamento humano diante das escolhas que a vida oferece. A partir dessa teoria é que se poderá entender como age o dirigente de ONG e qual é o impacto do controle estatal na conduta desse dirigente.

Após expor a teoria da escolha racional, demonstrar-se-á quais foram os achados das Comissões Parlamentares de Inquéritos sobre ONGs, quais foram os principais problemas, se existe um padrão de erro na Administração Pública e como esse contexto, enquanto forma de incentivo, é interpretado pelo dirigente da ONG.

### 2.1 Teoria da Escolha Racional

A Teoria da Escolha Racional – TER é a base utilizada pelos economistas para entender a relação entre produção e consumo dos bens no mercado, mas, posteriormente, expandiu-se para a Sociologia, para a Ciência Política e para o Direito<sup>65</sup>.

A aplicação da TER ao Direito contribuiu para o surgimento de várias vertentes na Análise Econômica do Direito – AED. A AED tem aplicações para os contratos, direito de

---

<sup>65</sup>ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro; GICO Jr, Ivo. *Corrupção e Judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção*. Revista de Direito GV, São Paulo, n. 13, p. 076, jan-jun 2011

propriedade, direitos autorais, enfim, para toda sorte de interação humana que envolva escolhas reguladas por normas. Para o presente trabalho, interessa somente saber como uma pessoa se comporta diante de incentivos. Nesse sentido, visa-se estudar a teoria da escolha racional e não a AED em si, apesar de inevitavelmente se socorrer de textos sobre a AED.

Aqui se partirá das lições de Gary Becker, com o apoio de outros autores, por ter sido ele um dos precursores da expansão da abordagem econômica para outras áreas do conhecimento. Gary Becker deixa muito claro que os pressupostos econômicos podem ser utilizados para entender *qualquer* comportamento humano, assumindo que as pessoas têm preferências estáveis e que buscam maximizar essas preferências. Assim, a abordagem econômica se aplica às decisões envolvendo dinheiro, emoções, pessoas ricas ou pobres, homens ou mulheres, adultos ou crianças, empresários, políticos, professores e estudantes<sup>66</sup>. Por exemplo, Becker analisou o comportamento do criminoso, por meio de uma abordagem econômica, produzindo a teoria econômica do crime, que será utilizada adiante.

A abordagem econômica referida por Becker nada mais é do que a teoria da escolha racional, que pretende entender o comportamento humano, o qual é orientado pela maximização de utilidades. Assim, a TER assume uma grande importância para o presente trabalho, pois “o direito não possui uma teoria sobre o comportamento humano”<sup>67</sup>.

Com efeito, via de regra, nosso o direito não é uma “ciência causal (preditiva) como a sociologia ou a economia, mas pura e simplesmente normativa (autorizativa, prescritiva)”<sup>68</sup>. É justamente nessa lacuna que essas teorias (TER e AED) se fazem tão importante. Essas teorias estudam a relação do comportamento humano com as normas, fornecendo instrumentos para entender como “os agentes sociais responderão a potenciais alterações em suas estruturas de incentivos”<sup>69</sup>.

Becker esclarece que o comportamento racional não significa um comportamento livre de convicções morais, levando-se em consideração somente um cálculo dos benefícios obtidos com as condutas perpetradas. Para Becker, a abordagem econômica do comportamento humano não assume que as pessoas são motivadas somente pelo egoísmo ou ganhos materiais, mas sim que a abordagem econômica é um método de análise de condutas e

---

<sup>66</sup> BECKER(a), Gary. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: University of Chicago Press, 1976, p. 5-8.

<sup>67</sup> GICO Jr, Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. In: *Economic Analysis of Law Review*. Vol. 1, n. 1, jan-jun, 2010, p. 8.

<sup>68</sup> Ibidem, p. 11.

<sup>69</sup> Ibidem, p. 8.

não das motivações. Presume-se que as pessoas visam maximizar suas utilidades, sejam elas quais forem - egoístas, altruísticas, leais, más etc.<sup>70</sup> Em outras palavras, [a AED] “é umateoria sobre comportamentos, não um parâmetro de avaliação de condutas”<sup>71</sup>. Assim:

[...] a escolha não reflete apenas a utilidade individual, mas a relação com terceiros; noções como poder, prestígio, sociabilidade, estatuto, identidade religiosa ou étnica, apesar de difíceis de exprimir numa função de utilidade ou noutro qualquer mecanismo simples de avaliação de preferências, não devem ser negligenciadas, quando em causa está a percepção do comportamento humano<sup>72</sup>.

Enfim, o comportamento racional consiste na maximização das utilidades, diante da relação entre meios e fins<sup>73</sup>, pressupondo que as pessoas estimam a "utilidade esperada" ou o "valor esperado" de suas ações diante de um risco<sup>74</sup>.

As preferências são organizadas por uma *ordem* de gostos, segundo os quais as pessoas tomam decisões<sup>75</sup>. Por exemplo, se uma pessoa gosta de viajar e de carros, ela terá que escolher entre gastar seu dinheiro com uma viagem e um carro popular, ou comprar um carro de luxo e não viajar. As pessoas procuram meios pelos quais possam gozar de suas utilidades na maior quantidade possível (racionalidade maximizadora)<sup>76</sup>. Conforme Cooter e Ulen:

Os economistas geralmente supõem que cada agente econômico maxime algo: os consumidores maximizam a utilidade (isto, é, a felicidade ou satisfação), as empresas maximizam os lucros, os políticos maximizam os votos, as burocracias maximizam as receitas, as organizações beneficentes maximizam o bem-estar social, e assim por diante<sup>77</sup>

Todavia, esse “máximo possível” não é pura e simplesmente a acumulação indefinida dos objetos de preferência, mas sim acumulação enquanto tiver utilidade para aquela determinada pessoa. Em outras palavras, “uma pessoa será racional quando *continuar*

<sup>70</sup> BECKER(b). The Economic Way of Looking at Behavior. In: *The Journal of Political Economy*, vol. 101, nº 3, p. 385-386, jun. 1993.

<sup>71</sup> GICO, op. cit., p. 24.

<sup>72</sup> GOMES, Orlando. Racionalidade e escolha. *Economia Global e Gestão* [online]. Lisboa, vol.12, n.2, p. 61, ago. 2007.

<sup>73</sup> MEIRELES, Fernando. Teoria da Escolha Racional: limites e alcances explicativos. *Revista eletrônica de Ciências Sociais*, João Pessoa, nº 22, 2012, p. 60.

<sup>74</sup>BAERT, Patrick. Algumas limitações das explicações da escolha racional na Ciência Política e na Sociologia. *Revista eletrônica de Ciências Sociais*, São Paulo, vol. 12, nº35, 2012, p. 4. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69091997000300005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091997000300005&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 04 fev. 2014.

<sup>75</sup> GICO, op. cit., p. 26.

<sup>76</sup> Ibidem, p. 27.

<sup>77</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5.ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 36.

*desenvolvendo uma atividade enquanto ela ganhar com isso*” (g.n.)<sup>78</sup>. Isso se chama de utilidade marginal, que é a “utilidade trazida por uma unidade ou dose adicional de qualquer produto”<sup>79</sup>. Por exemplo, para um viajante sedento, ao fazer uma paragem, o primeiro copo de água terá muita utilidade. Mas o segundo copo d’água já não terá tanta utilidade, porque parte da sede já foi satisfeita com o primeiro copo d’água, e assim, sucessivamente, o *acréscimo* da utilidade de cada copo d’água a mais irá diminuindo, até que seja zero, isto é, fique totalmente satisfeito<sup>80</sup>.

Os “custos e benefícios de uma ação são os que chamamos de incentivos e, portanto, é fácil perceber que a racionalidade é uma forma de se reagir aos incentivos”<sup>81</sup>. Assim, “se os agentes econômicos ponderam custos e benefícios na hora de decidir, então, uma alteração em sua estrutura de incentivos poderá levá-los a adotar outra conduta, a realizar outra escolha”<sup>82</sup>.

Ao se projetar esse contexto para o Direito, tem-se que a AED (e a Teoria da Escolha Racional), é uma forma de “pensar as normas jurídicas levando em conta que os prêmios e punições estão associados tanto às instituições quanto à racionalidade econômica, e, por isso, devem ser considerados elementos formadores do substrato normativo”<sup>83</sup>. Enquanto no campo econômico os incentivos se traduzem no sistema de preço (quanto menor o preço, maior o incentivo para o consumo), no Direito “faz-se um paralelo entre *preços e normas jurídicas* no sentido de que essas, assim como aquelas, atuam como estímulos à atividade dos indivíduos” (g.n.)<sup>84</sup>.

Portanto, a TER é uma teoria que contribui para o entendimento do comportamento humano, por meio da análise dos custos e benefícios das decisões das pessoas.

## 2.2 Teoria da Escolha Racional aplicada a Condutas Ilícitas

Gary Becker disse que Adam Smith e Jeremy Bentham utilizavam a abordagem econômica para outras áreas do conhecimento<sup>85</sup>, mas, sem dúvida, ele foi o pioneiro no aprofundamento da aplicação da abordagem econômica às outras áreas do conhecimento,

<sup>78</sup> GICO, op. cit., p. 27.

<sup>79</sup> NUDESO, op. cit., p. 35.

<sup>80</sup> Ibidem, p. 35.

<sup>81</sup> ARAUJO JR, Ari Francisco de. SHIKIDA, Claudio Djissey. Microeconomia. In: TIMM, Luciano Benetti (org). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Ed. Atlas, 2012, p. 34.

<sup>82</sup> GICO, op. cit., p. 22.

<sup>83</sup> SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2005, p. 82.

<sup>84</sup> COELHO, op. cit., p. 10.

<sup>85</sup> BECKER(a), op. cit., p. 8.

como racismo e família. Para os fins deste trabalho, interessa o artigo *Crime and Punishment: an Economic Approach*”, publicado em 1968, em que Becker produziu uma teoria que se tornou conhecida como Teoria Econômica do Crime.

Essa teoria é, na verdade, uma teoria sobre o comportamento ilícito, submetido às sanções estatais, mediante ritos processuais previamente estabelecidos nas normas. Assim, Becker sistematiza como pessoas consideram os custos e benefícios de se violar as leis em face da estimativa de ser flagrado e condenado pelo Estado. Ele faz isso especificamente pensando nos ilícitos. Por isso, a teoria econômica do crime é perfeitamente aplicável à seara cível, mormente ao processo por improbidade administrativa, já que esta tem os mesmos pressupostos dos quais parte Becker (conduta ilícita – processo condenatório – punição). Dessa forma, ao se explicar a teoria de Becker, se utilizará os termos criminais que ele abordou, mas, para o restante do item, referir-se-á aos atos ilícitos ou mesmo à improbidade administrativa.

Becker explica que, apesar do crime (aqui em sentido genérico, do latrocínio à sonegação de impostos) ser uma atitude ilegal e imoral, a atividade ilícita pode ser vista como uma atividade econômica<sup>86</sup>. E realmente o é. O Ipea estimou que o custo da violência no Brasil, no ano de 2004, foi de R\$ 92,2 bilhões, dos quais o setor público arcou com R\$ 28,7 bilhões em segurança pública, sistema prisional e sistema de saúde. O setor privado arcou com R\$ 60,3 bilhões, com perda de pessoas economicamente ativas, segurança privada, seguros e transferências por roubos e furtos<sup>87</sup>. Perceba-se que esse estudo não abarca os crimes sem violência. Por isso, o custo da criminalidade como um todo certamente é muito maior que do que o apresentado nesse estudo.

Gary Becker buscou entender a relação entre pena aplicada e o *enforcement*, talvez melhor traduzido como “coercibilidade da lei”, isto é, o potencial de coação que a lei pode concretizar na pessoa. O ponto ótimo de coercibilidade da lei depende i) dos custos de revelação e condenação dos criminosos, ii) da natureza da pena e iii) das reações dos criminosos à lei<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> BECKER(c), Gary S. Crime and Punishment. *The Journal of Political Economy*, vol. 76, n° 2, mar-abr, 1968, p. 170.

<sup>87</sup> IPEA(c). *Análise dos Custos e Consequências da Violência no Brasil*. Brasília: Ipea, 2007, p. 51-53. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_1284.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1284.pdf)>. Acesso em: 09 set. 2014.

<sup>88</sup> BECKER (c), op. cit., p. 170.

Becker defende a visão econômica de que uma pessoa comete crime porque a utilidade esperada pelo crime excede a utilidade esperada que a pessoa ganharia se dispensasse seus esforços em outra atividade<sup>89</sup>. Isto é, uma pessoa tende a cometer um crime se isso valer a pena. É de se lembrar que, como visto acima, a comissão do crime não dependerá somente dessa estimativa do custo x benefício da conduta, mas também da crença religiosa da pessoa e/ou da educação moral perfilhada.

De toda forma, pode-se afirmar que a quantidade de crimes tende a variar de acordo com a utilidade esperada, que é uma função das outras variáveis, como a probabilidade de condenação, da pena aplicada, da renda a ser auferida com o crime, a frequência das condutas criminosas e a disposição de cometer um ato ilegal<sup>90</sup>. O criminoso faz uma estimativa racional sobre essas variáveis. Se a conjugação daqueles fatores for racionalmente vantajosa, uma pessoa tenderá a cometer um ilícito<sup>91</sup>.

O aumento ou a diminuição em cada variável irá repercutir diferentemente para cada pessoa, de acordo com aversão ou atração pelo risco. Se uma pessoa tiver atração pelo risco, um aumento na probabilidade de condenação reduziria a utilidade prevista mais do que o mesmo aumento na cominação da pena. O aumento da cominação da pena terá maior efeito para aquelas pessoas com aversão ao risco e efeito igual para as pessoas neutras em relação ao risco<sup>92</sup>.

O problema para as autoridades é escolher qual política pública utilizar para aumentar a probabilidade de detecção de crimes, os tipos de penas (multa, prisão ou combinação destas) e as regras de responsabilidade (se por comissão do ato ilícito ou por cometer uma conduta em desacordo com um padrão aceitável, aqui chamado de “conduta desviante”)<sup>93</sup>.

Sobre regras de responsabilidade, Polinsky e Shavel elucidam haver dois tipos: uma é a responsabilidade por infração efetivamente cometida, outra é a responsabilidade por conduta desviante, entendida esta como comportamento que não necessariamente gera um ilícito, mas somente um potencial de ocorrência de ilícito. Uma vez fixada no nível máximo, a multa compensa uma menor probabilidade de detecção do crime, prevenindo o agente de se arriscar

---

<sup>89</sup>BECKER (c), op. cit., p. 176.

<sup>90</sup> Ibidem, p. 177.

<sup>91</sup> Ibidem, p.176-178.

<sup>92</sup> Ibidem, p. 178.

<sup>93</sup> POLINSKY, A. Mitchel. SHAVELL, Steven. Public Enforcement of Law. In: Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Volume I. *The History and Methodology of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2000, p. 308-309. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/tablebib.html#TABLE OF CONTENTS>>. Acesso em: 10 set. 2014

em incorrer em um comportamento desviante. Além disso, os custos de imposição da multa são bem menores do que o aparato para se revelar um ato ilícito<sup>94</sup>. Todavia, a administração desse tipo de pena é mais difícil, por demandar grandes informações acerca dos padrões de condutas, ao contrário da pena por infração cometida, onde somente se necessita da certeza da ocorrência da infração<sup>95</sup>.

Cooter e Ulen assinalam que “o criminoso racional calcula o valor esperado da apropriação indébita, que é igual ao ganho menos a perda, multiplicada pela probabilidade de ser pego e condenado”<sup>96</sup>. Assim, tem-se que Valor Esperado = Ganho - (Perda x Probabilidade de Condenação) ou  $VE = G - (Pd \times Pb)$ .

Alencar e Gico Jr propuseram uma fórmula fundamentalmente similar, mas um pouco mais elaborada. Trata-se de que a utilidade esperada é a probabilidade de não ser punido vezes a utilidade, menos a probabilidade de ser punido vezes da desutilidade:

$$E(U) = (1-p) \times U(r) - p \times U(r-c)$$

A variável “U” significa utilidade, “p” probabilidade de punição, “r” renda e “c” custo de ser punido. Assim, “(1-p)” é a probabilidade de *não* ser punido, “r-c” é renda menos o custo de ser punido, “(1-p) x U(r)” a probabilidade de não ser punido vezes utilidade e “p x U(r-c)” probabilidade de ser punido vezes a desutilidade. Quando a E(U) for positiva, haverá incentivos para se cometer o ilícito. Se for negativa, haverá desincentivos para se cometer o ato ilícito<sup>97</sup>.

Percebe-se, pois, que se a utilidade for pouca, o custo for muito alto ou a probabilidade de condenação muito grande, o valor esperado do crime não será atrativo (ou até negativo), nem para aqueles que têm atração pelo risco. Furtar um telefone celular tem utilidades diferentes para pessoas distintas, apesar da renda (obtenção do celular) ser a mesma. Assim, infere-se que a utilidade de um ato ilícito *depende quase que exclusivamente dos agentes infratores*, dos seus planos, da sua ousadia, da atração pelo risco etc.

A magnitude da pena (custo “c”) e a probabilidade de condenação dependem do Estado, isto é, da resposta que o Estado dá em face do crime cometido. Assim, se pretender

---

<sup>94</sup> POLINSKY, SHAVELL, op. cit., p. 314.

<sup>95</sup> Ibidem, p. 311.

<sup>96</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5.ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 476.

<sup>97</sup> ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro; GICO Jr, Ivo. Corrupção e Judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. *Revista de Direito GV*, São Paulo, n. 13, p. 77, jan-jun 2011.

diminuir a utilidade da corrupção, o Estado tem que criar instrumentos e medidas para que a utilidade esperada seja racionalmente desvantajosa, aumentando a probabilidade da desutilidade e a magnitude da pena.

Logo, *as variáveis disponíveis ao Estado, na pretensão de diminuição do número de atos ilícitos são “p”, probabilidade de punição, e “c”, custo de ser punido*, esta entendida como a magnitude da pena. Em tese, o aumento em qualquer dessas duas variáveis acarretará uma diminuição da utilidade esperada e, conseqüente, um desincentivo. No caso da ocorrência de maneira geral, a utilidade esperada do ilícito diminuirá. Logo, pode-se dizer que  $E(U)$  é inversamente proporcional a “p” e “c”.

Uma maneira fácil de aumentar “c” é agravando as penas previstas em lei. Cooter e Ulen afirmam que “a lei deve impor penas severas o suficiente para que o benefício líquido esperado do crime para criminoso seja negativo”<sup>98</sup>.

É importante observar que o aumento na magnitude da pena não deve ser percebida somente do ponto de vista do criminoso. As punições não afetam somente os criminosos, *mas toda a sociedade*, em virtude dos custos de pessoal carcerário, prédios, alimentação para presos<sup>99</sup>, além dos custos com o sistema de saúde e segurança privada, noticiados no estudo do Ipea, visto acima. No tocante à pena privativa de liberdade, além dos elevados custos, a criminologia ainda elenca várias críticas sobre a finalidade dessa pena, sobre a eficiência da privação de liberdade e a seleção de determinados tipos de crimes pelo sistema penal<sup>100</sup>.

Assim, ao se pensar em políticas públicas para diminuir a improbidade administrativa, não se deve ignorar os custos processuais e os custos das punições<sup>101</sup>. Os infratores devem compensar os custos de revelação do crime, bem como ressarcir a lesão causada<sup>102</sup>.

A melhor compensação vem por meio das multas, pois estas se revertem em favor da sociedade. Assim, as multas devem ser utilizadas tanto quanto viáveis, porque facilitam a compensação da vítima e não criam custos adicionais<sup>103</sup>.

---

<sup>98</sup> COOTER, ULEN, op. cit., p. 474.

<sup>99</sup> BECKER(c), op. cit., p. 180.

<sup>100</sup> Cf. ZACKESKI, Cristina. Da prevenção penal à nova prevenção. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. (Org.). *Doutrinas Essenciais - Direito Penal*. 1. ed., v. 3. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 215-244; BECKER, Howard S. *Outsiders*. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 2008.

<sup>101</sup> BECKER(c), op. cit., p. 181.

<sup>102</sup> Ibidem, p. 192.

<sup>103</sup> Ibidem, p. 193-194. No mesmo sentido: POLINSKY, SHAVELL, op. cit., p. 307-343.



Uma alternativa fácil, barata e eficiente para se aumentar a eficácia da pena de multa seria a edição de instrumentos normativos cíveis e administrativos tendentes a majorar a probabilidade de ônus financeiro para o infrator. Por isso, *a inversão do ônus da prova de patrimônio suspeito de ilicitude se sobressai de grande importância*. Essa medida ainda não é praticada no Brasil, apesar de estar prevista no art. 5.7 da Convenção da Organização das Nações Unidas contra o Tráfico de Drogas, promulgado pelo Decreto nº 154/1991:

7 - cada Parte considerará a possibilidade de inverter o ônus da prova com respeito à origem lícita do suposto produto ou outros bens sujeitos a confisco, na medida em que isto seja compatível com os princípios de direito interno e com a natureza de seus procedimentos jurídicos e de outros procedimentos.

Previsões semelhantes estão contidas no art. 12.7 da Convenção da ONU contra o Crime Organizado de 2000, promulgada pelo Decreto nº 5.015/2004, e no art. 31.8 da Convenção da ONU contra a Corrupção de 2003, promulgada pelo Decreto nº 5.687/2006.

Por outro lado, pode-se pensar em possibilidade de penhorar salários e imóveis residenciais acima de um determinado valor, de modo que não afete a dignidade da pessoa humana, mas que também mantenha um caráter de punição.

Um dos grandes obstáculos para a recuperação financeira é a utilização de pessoas interpostas (“laranjas”) na ocultação de bens. A produção da prova de pessoa interposta é muito difícil e, por isso mesmo, merece uma facilitação por parte do Estado. Por exemplo, viabilizar a investigação patrimonial de parentes do corrupto, aliado à inversão do ônus da prova da (i)licitude do patrimônio, conforme dito acima.

Enfim, não se pode negar que o aumento na cominação legal das penas produz desincentivos ao agente corrupto, tendendo a diminuir a corrupção. No entanto, o simples aumento legal da pena não tem eficácia plena e imediata.

Alterações legais de punições, visando dissuadir as pessoas, geralmente não tem efeitos concretos, porque as pessoas não conhecem as leis e porque há uma percepção imediata de que o benefício do crime será maior do que uma duvidosa imposição de pena. Para haver um efeito dissuasivo concreto, seria necessário se distanciar de princípios de justiça, mediante penas desproporcionais. Essa discrepância poderia sobrecriminalizar

condutas consideradas toleráveis pela comunidade, despertar um senso de injustiça e desprezo pelas leis, podendo até culminar em um aumento da criminalidade<sup>104</sup>.

De fato, é consabido que simples alterações legais não promovem efeitos dissuasivos imediatos e que penas desproporcionais realmente têm consequências maléficas e injustificadas. No entanto, o parâmetro da eficiência na economia é incluir os custos de revelação dos fatos, dos processos e da condenação na pena cominada, que, como visto, a melhor pena é a multa e deve ser utilizada sempre que viável.

Ao lado da variável custo-magnitude das penas, o Estado pode influenciar no aumento da variável probabilidade de condenação. Se aumentar a magnitude da pena, por meio de alterações legislativas, parece um caminho mais fácil e barato. Por outro lado, aumentar a probabilidade “p” de aplicação de “c” é muito mais difícil e complexa, pois requer aparelhamento e treinamento dos agentes públicos que lidam com a corrupção *lato sensu* (polícia, Ministério Público, juízes, auditores), uma burocracia mais organizada e simples e diminuição da influência do poderio econômico na burocracia estatal. Esta última medida exige reformas profundas, tal como a reforma política, reforma das normas do processo eleitoral, mormente sobre as limitações de doações de empresas, mudanças culturais sobre conflito de interesses etc.

No Brasil, a probabilidade de condenação pela comissão de um crime é muito baixa, especialmente nos casos de corrupção que, por excelência, são camuflados, acertados em conchavos secretos, de difícil detecção. Em razão disso, é muito difícil produzir um estudo acerca da probabilidade de condenação por atos ligados à corrupção *lato sensu*. Porém, Alencar e Gico Jr produziram um importante estudo nesse sentido.

Alencar e Gico Jr dedicaram-se a averiguar se os servidores públicos dos principais Ministérios (Fazenda, Planejamento, Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, Relações Exteriores, Desenvolvimento Agrário), demitidos disciplinarmente por atos relacionados à corrupção, também foram condenados judicialmente por crimes contra a Administração Pública. Para tanto, levantaram que houve 687 demissões de servidores entre 1993 a 2005. Apuraram que, destes, 64,19% (ou 441 servidores) estavam relacionados a atos de corrupção. Desses servidores demitidos por ato de corrupção, 34,01% (ou 150 servidores)

---

<sup>104</sup> ROBINSON, Paul. DARLEY, M. The Role of Deterrence in the Formulation of Criminal Law Rules: As its Worst When Its Best. *The Georgetown Law Journal*: Rochester, vol. 91, p. 949-1002, 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=661101>>. Acesso em: 12 set. 2014.

foram processados criminalmente, sendo que 13,3% (59 servidores) foram condenados em primeira instância, mas somente 3,17% (ou 14 servidores) foram condenados definitivamente pelos mesmos fatos pelos quais foram demitidos<sup>105</sup>. Como bem observado pelos autores:

Convém lembrar que mesmo esse baixíssimo desempenho na aplicação da lei não representa necessariamente tempo de carceragem, pois o regime prisional pode ser convertido em outros tipos de punição dependendo do tempo de prisão imposto. Em resumo, o resultado que encontramos é que a chance de alguém ser efetivamente preso, no Brasil, por corrupção, é próxima de zero (g.n.)<sup>106</sup>

O cenário é ainda pior quando se trata de condenação cível por ato de improbidade administrativa. Dos 441 servidores demitidos por atos de corrupção, 24,26% (107 servidores) foram processados civilmente, 4,5% (20 servidores) foram condenados em primeira instância, mas somente 1,59% (7 servidores) foram definitivamente condenados por ato de improbidade administrativa<sup>107</sup>. No mesmo sentido, Shikida supõe que a probabilidade de efetiva punição no Brasil seja menor que nos Estados Unidos da América, que é de 5%<sup>108</sup>.

Além da probabilidade da punição, é preciso ainda observar probabilidade de ressarcimento ao erário. Isso porque a devolução dos recursos públicos desviados *não* é uma punição propriamente dita, mas somente um retorno ao *status quo ante*.

De maneira similar à condenação judicial, não é possível precisar a taxa de recuperação de créditos. Nada obstante, é razoável adotar como parâmetro a taxa de recuperação acurada pela Advocacia-Geral da União, mais especificamente, a Procuradoria-Geral da União - PGU. Segundo o Relatório de 2013 do Departamento de Patrimônio e Probidade da PGU, a União recolhe 14,62% dos seus créditos (quadro abaixo)<sup>109</sup>. Merece destaque o fato de que esse percentual aumentou significativamente com o acordo que a Advocacia-Geral da União fez com o Grupo OK e Luiz Estevão, para fins de pagamento do desvio de recursos públicos relacionados ao episódio do prédio do Tribunal Regional do Trabalho em São Paulo. Esse acordo foi homologado pela Justiça Federal em 5 de setembro de 2012, e verte ao erário pouco mais de R\$ 4 milhões por mês<sup>110</sup>.

---

<sup>105</sup> ALENCAR, GICO JR., op. cit., p. 87-89.

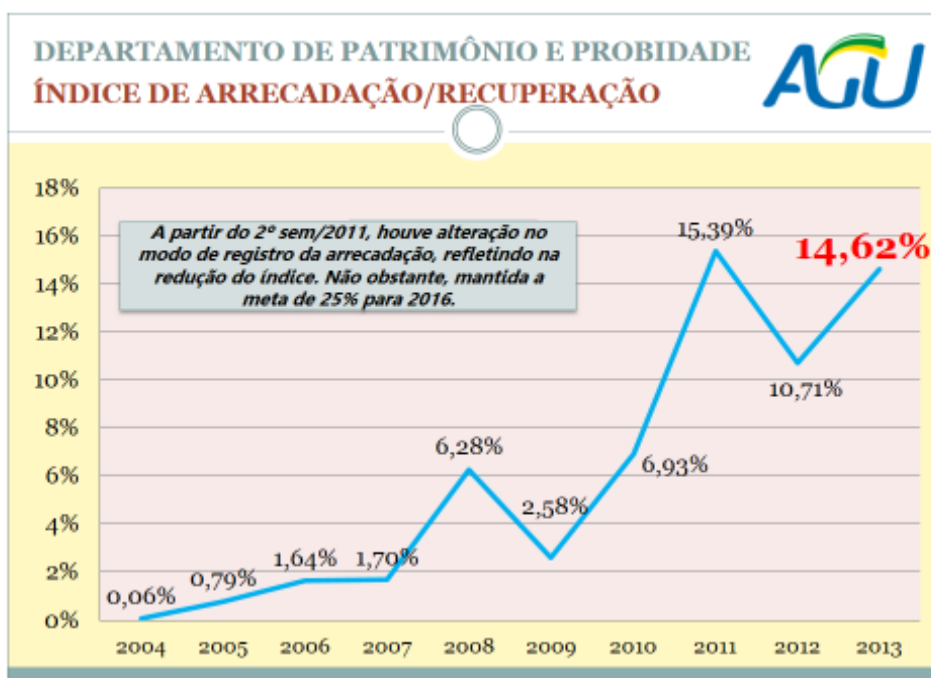
<sup>106</sup> Ibidem, p. 88.

<sup>107</sup> Ibidem, p. 89.

<sup>108</sup> SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Considerações sobre a Economia do Crime no Brasil: um sumário de 10 anos de pesquisa. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n. 02, jul-dez, 2010, p. 324-344.

<sup>109</sup> Informação obtida em um gráfico fornecido pela Advocacia-Geral da União, em atendimento à uma demanda da Lei de Transparência.

<sup>110</sup> Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/219493](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/219493)>. Acesso em: 22 set. 2014.

**GRÁFICO 6: Índice de arrecadação/recuperação**

Fonte: AGU, 2014.

Esse quadro refere-se aos créditos executados pela Procuradoria-Geral da União e, portanto, não inscritos em dívida ativa. Esse percentual é muito importante para o presente estudo, pois é a PGU quem executa os acórdãos do TCU, incluindo aqueles que julgam irregulares as contas das ONGs. Os créditos inscritos em dívida ativa, administrados pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, Procuradoria-Geral Federal e Procuradoria-Geral do Banco Central foram objeto de análise específica pelo TCU, no Relatório de Gestão do Governo Federal:

Em termos gerais, observa-se que ao final de 2013, o montante dos créditos ainda não recuperados pela União atingiu o valor aproximado de R\$ 2,4 trilhões, composto por R\$ 156,7 bilhões em estoque de parcelamentos de créditos não inscritos em dívida ativa, R\$ 886 bilhões de créditos com exigibilidade suspensa e R\$ 1.406,8 bilhões de créditos inscritos em dívida ativa<sup>111</sup>

Em 2013, dos R\$ 156,7 bilhões em parcelamentos estocados, a taxa de recuperação de créditos foi de 21,98%<sup>112</sup>. No “período de 2009 a 2013, o estoque da dívida ativa da União

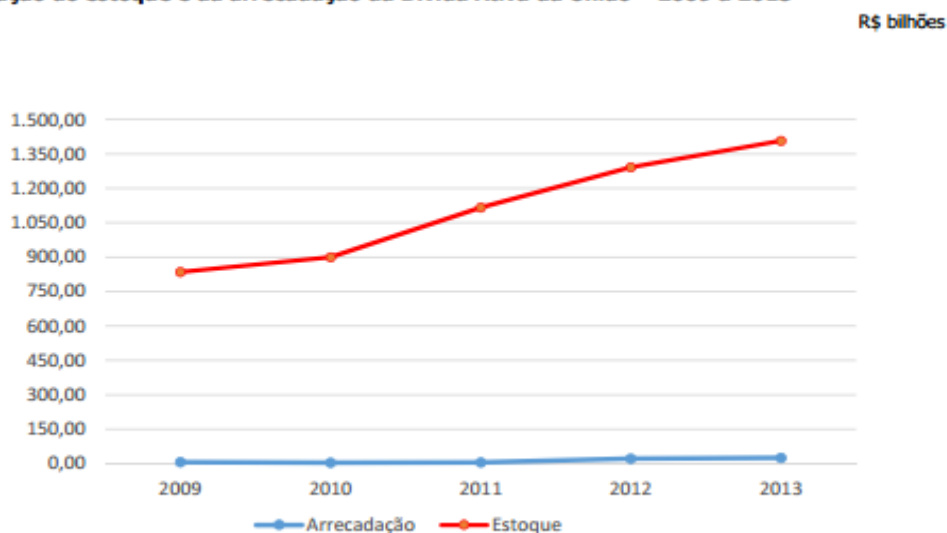
<sup>111</sup> TCU(b), op. cit., p. 75.

<sup>112</sup> Ibidem, p. 77.

teve elevação de 64% e alcançou o montante de R\$ 1,4 trilhão, enquanto a arrecadação teve acréscimo de 250% e atingiu R\$ 25,4 bilhões”<sup>113</sup>. Segue quadro:

### GRÁFICO 7: Evolução do estoque e da arrecadação da Dívida Ativa da União

**Evolução do estoque e da arrecadação da Dívida Ativa da União – 2009 a 2013**



Fonte: TCU(b), op. cit., p. 80.

Mesmo com o acréscimo noticiado pelo TCU, percebe-se que a arrecadação ainda é muito pouca, é próxima de zero<sup>114</sup>. Percebe-se, portanto, que *existe uma estrutura conjuntural de incentivos para a comissão de atos de corrupção lato sensu*. Marcos Fernandes da Silva afirma que no Brasil parece existir grandes incentivos para trapacear e violar a lei, mormente em razão da ineficiência do Poder Judiciário<sup>115</sup>.

Para diminuir a corrupção, não basta focar somente em um dos incentivos, mas sim em todo o conjunto de (des)incentivos. A principal medida e, talvez por isso, a mais difícil, é aumentar a probabilidade de ser processado e condenado pelo ato ilícito. Esta pesquisa não se dedica a averiguar quais seriam as alterações legislativas, alocações de orçamento e mudanças

<sup>113</sup> TCU(b), op. cit., p. 80.

<sup>114</sup> O Ipea realizou um estudo para saber o custo unitário do processo de execução fiscal. Nesse estudo, o Ipea apurou que em 33,9% das execuções fiscais *baixadas* ocorrem por meio de pagamento integral do débito, entendido por pagamento, expropriação, conversão em renda e cumprimento do programa de parcelamento. Isso não significa que, do valor total da dívida ativa cobrada em Juízo, há recuperação de 33,9% dos créditos da dívida ativa. Daí porque não aqui não se utilizará desse percentual apurados pelo Ipea. IPEA(d). *Gestão e Jurisdição da execução fiscal da União*. Diálogos para o Desenvolvimento. Vol. 9. Brasília: Ipea, 2013. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=17951](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=17951)>. Acesso em: 23 set. 2014.

<sup>115</sup> SILVA, Marcos Fernandes da. The Political Economy of Corruption in Brazil. *Revista de Administração de Empresas*. São Paulo, v.39, jul-set. 1999, p. 36.

de cultura burocrática necessárias para o aumento da probabilidade. Para efeitos da análise do impacto das decisões judiciais e das leis na improbidade administrativa sobre o Terceiro Setor, basta esclarecer abaixo probabilidade de ser condenado pelo ilícito, bem como de ressarcir o erário.

Esse é o contexto geral da teoria da escolha racional aplicada às condutas ilícitas. Como o presente trabalho tem por objetivo geral combater a improbidade administrativa e, por objetivo específico, estudar a incidência da LIA ao Terceiro Setor (sendo este último um grande desincentivo), insta analisar as peculiaridades ínsitas às parcerias entre o Estado e o Terceiro Setor.

### **2.3 Quadro Fático das Parcerias entre Estado e Terceiro Setor**

No capítulo 1, demonstrou-se o quadro normativo das parcerias entre Estado e ONGs, qual o procedimento para a celebração de convênio e quais os meios de controle. No presente capítulo, busca-se expor as dificuldades concretas das parcerias, da fiscalização e das punições às ONGs e como esse quadro influencia no aumento ou diminuição da má gestão de recursos públicos no Terceiro Setor.

No Brasil existem poucos estudos técnicos acerca do panorama da relação entre Estado e Terceiro Setor. Dada a dimensão do Estado brasileiro e do Terceiro Setor, pode-se visualizar a dificuldade em se realizar um panorama dos convênios com o Terceiro Setor, os custos desses estudos, a quantidade de técnicos envolvidos etc.

Nesse contexto, o melhor panorama sobre o tema foi o Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito sobre ONGs, de 2007, finalizada em 2010, cujas revelações são corroboradas por outras auditorias do TCU. Ainda houve uma CPI sobre ONGs em 2002, esta de menor relevância. Sabe-se que CPIs tendem a uma polarização política. Por isso, aqui se tentará restringir-se aos dados objetivos fornecidos pelos órgãos técnicos que auxiliaram as CPIs.

Antes de adentrar na análise dos dados das CPIs, é preciso deixar claro os seguintes conceitos para fins de análise de dados do Siafi: convênios i) a comprovar: contas ainda não prestadas, ii) a aprovar: contas já prestadas, mas ainda não analisadas pela Administração

Pública<sup>116</sup>, iii) inadimplente: conveniente está em atraso com documentação ou não prestou as contas, iv) inadimplência suspensa: conveniente pede suspensão da inadimplência, pela via judicial ou administrativa<sup>117</sup>

A primeira CPI ocorreu em 2002<sup>118</sup>. Foi mais tímida e politizada. Já a CPI de 2007<sup>119</sup> foi mais técnica, mais demorada, produzindo um grande arcabouço de análise de dados. Essa última CPI teve seu relatório final lançado em 2010 e, apesar da distância temporal e do atual avanço em alguns pontos, como, por exemplo, a possibilidade de identificar um convênio no portal da transparência, pode-se afirmar que a maioria dos problemas ainda ressoa atualmente.

A CPI de 2002 analisou os desvios de finalidades, por meio do emprego irregular ou escamoteado de recursos vindos do exterior, em ONGs de fachada que, na verdade, representavam interesses particulares, domésticos ou internacionais. Apurou até que diretores de algumas entidades, que também tinham sede no exterior, foram condenados por tráfico de drogas<sup>120</sup> ou que visavam desestimular a produção agrícola brasileira de soja, a fim de aumentar artificialmente o preço da soja no mercado internacional<sup>121</sup>.

Além dessas questões que envolvem atentados contra a soberania nacional, a CPI também apurou algumas condutas relacionadas com o objeto do presente estudo. Por exemplo, a CPI confirmou suspeitas quanto ao péssimo controle administrativo exercido pelo Poder Executivo.

A CPI verificou que uma ONG denominada ADESBRAR, que funcionada em um galpão abandonado, de propriedade do então deputado federal Salvador Zimbaldi, firmou convênio com o Ministério da Cultura, no valor de R\$ 350 mil, sem apresentar sequer um alvará de funcionamento<sup>122</sup>. Outra ONG, denominada Conselho Indígena de Roraima – CIR, não tem (ou não tinha) registro no Conselho Nacional de Entidades Ambientistas – CNEA e

<sup>116</sup> De acordo com o acórdão nº 788/2006 – TCU – Plenário.

<sup>117</sup> PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/faleConosco/perguntas-tema-convencios.asp>>. Acesso em: 02 set. 2014.

<sup>118</sup> CONGRESSO NACIONAL(a). *Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito*, destinada a apurar, no prazo de 180 dias, as denúncias veiculadas a respeito da atuação irregular de Organizações Não-Governamentais – ONGS, nos termos do Requerimento nº 22 de 2001. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/getPDF.asp?t=56352>. Acesso em: 01 set. 2014.

<sup>119</sup> CONGRESSO NACIONAL(b). *Relatório Final da CPI das ONGs*. Criada por meio do requerimento nº 201/2007. Brasília: Congresso Nacional, 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194594/CPIongs.pdf?sequence=6>>. Acesso em 01 set. 2014.

<sup>120</sup> Cf. o caso da “Asssociação Amazônica”. CONGRESSO NACIONAL(a), op. cit., p. 58-61.

<sup>121</sup> Cf. o caso da “Focus onSabbatical”. CONGRESSO NACIONAL(a), op. cit., p. 110-114.

<sup>122</sup> CONGRESSO NACIONAL(a), op. cit., 21-24.

nem no Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS, mas, apesar disso, o Ministério da Justiça destinou cerca de R\$ 6 milhões anuais<sup>123</sup>.

A CPI de 2007 teve por objeto o repasse de recursos federais para ONGs, no período de 1999 a 2009, havendo solicitado dados de todos os Ministérios<sup>124</sup>. Apurou que, entre 2001 a 2006, 10.480 entidades receberam recursos do Governo Federal (*na modalidade 50*), sendo que 50,7% receberam até R\$ 100 mil e 10,8% receberam acima de R\$ 1 milhão<sup>125</sup>, num total de R\$ 24,5 bilhões<sup>126</sup>.

A Controladoria-Geral da União – CGU, que auxiliou na CPI, fez uma análise ampla sobre os convênios celebrados entre 1999 e 2006 e apurou que foram celebrados 42.132<sup>127</sup> convênios com entidades sem fins lucrativos, havendo instauração de tomada de contas especial em somente 234 convênios, isto é, em menos de 1% dos convênios celebrados. *Isso denota um péssimo controle administrativo repressivo*<sup>128</sup>.

A CPI de 2007 apurou que, no período de 1999 a 2006, havia 1.162 (ou 2,7%) convênios em situação de inadimplência efetiva<sup>129</sup><sup>130</sup>. Vale dizer, a Administração Pública analisou efetivamente o caso e constatou a inadimplência em 2,7% dos convênios (por falta de prestação de contas ou reprovação das contas apresentadas). Entretanto, a própria CPI constatou a fragilidade dos dados inseridos no Siafi (de onde se extraiu tal informação).

Entretanto, apesar do baixo percentual de convênios nas situações de inadimplência, os dados indicam a existência de saldos *significativos* nas contas de *valores impugnados, valores a comprovar, inadimplência efetiva e inadimplência suspensa*. Essas contas indicam que os responsáveis pelos convênios, após os prazos estabelecidos nos termos de convênios ou contratos de repasse, *não apresentaram prestações de contas* ou tiveram suas contas rejeitadas pelos órgãos concedentes.

Considerando-se o período de 1999 a 2006, o montante de recursos que não foram comprovados, ou tiveram suas prestações de contas reprovadas, chega a R\$ 5,64 bilhões, representado 23,01% de todos os recursos transferidos para as entidades privadas sem fins lucrativos, conforme tabela abaixo.

<sup>123</sup> CONGRESSO NACIONAL(a), op. cit., p. 25.

<sup>124</sup> CONGRESSO NACIONAL(b), op. cit., p. 14.

<sup>125</sup> Ibidem, p. 182.

<sup>126</sup> Ibidem, p. 201.

<sup>127</sup> Conclui-se, portanto, que das 10.480 ONGs que conveniaram com a União, várias celebraram mais de um convênio.

<sup>128</sup> CONGRESSO NACIONAL(b), op. cit., p. 183.

<sup>129</sup> Em outra tabela, a CPI informou que havia 1.020 convênios ainda em inadimplência (2,5% do total). Essa pequena diferença pode ter sido ocorrida em razão de algum lapso temporal na extração de dados do Siafi. CONGRESSO NACIONAL(b), op. cit., p. 183.

<sup>130</sup> CONGRESSO NACIONAL(b), op. cit., p. 202.



Esses dados denotam que o Siafi permite que os convenientes nas situações elencadas anteriormente permaneçam adimplentes, ou seja, aptos a receber novos recursos oriundos de convênios e contratos de repasse.

(...)

Existe, ainda, uma situação que pode ser chamada de ‘adimplência irregular’, não criticada pelo sistema SIAFI. Nesse caso, a despeito de o prazo de prestação de contas do convênio ter expirado, o conveniente não se manifestou e o órgão concedente não adotou providências para impedi-lo de receber novas transferências voluntárias (g.n.)<sup>131</sup>.

Assim, na verdade, o montante dos recursos que não tiveram suas contas prestadas, ou tiveram as contas reprovadas, soma R\$ 5,64 bilhões, o que corresponde a 23,01% dos recursos transferidos entre 1999 e 2006<sup>132</sup>.

Por outro lado, a falta de análise das contas apresentadas somam R\$ 4,4 bilhões (ou 17,9% dos valores repassados) em novembro de 2007<sup>133</sup>, e que não necessariamente eram relacionados a convênios então recentes. Segue tabela<sup>134</sup> expositiva dos convênios com prestação de contas, mas sem análise pela Administração Pública:

**TABELA 2: Prestação de contas de convênios**

<b>Ano de Fim de Vigência</b>	<b>Convênios Expirados</b>	<b>Valor sem análise de prestação de contas (R\$)</b>
1999	29	2.097.153,49
2000	283	27.946.877,81
<b>Ano de Fim de Vigência</b>	<b>Convênios Expirados</b>	<b>Valor sem análise de prestação de contas (R\$)</b>
2001	424	132.872.590,89
2002	1.494	315.766.110,40
2003	1.519	466.822.975,64
2004	762	795.241.031,60
2005	999	711.057.603,90
2006	2.097	1.931.658.430,91
<b>Total geral</b>	<b>7.607</b>	<b>4.383.462.774,64</b>

Fonte: CONGRESSO NACIONAL(b), op. cit., p. 202-204.

Nesse cenário, apurou-se que 40,9% (R\$ 9,58 bilhões) dos recursos transferidos pela União a ONGs “não teve prestações de contas analisadas seja por falta de encaminhamento

<sup>131</sup>CONGRESSO NACIONAL(b), op. cit., p. 202-204.

<sup>132</sup> Ibidem, p. 203.

<sup>133</sup> Ibidem, p. 203.

<sup>134</sup> Ibidem, p. 203-204.

das contas por parte dos convenientes, seja pela demora na análise por parte dos órgãos concedentes”<sup>135</sup>. Em sentido semelhante, o TCU apurou que, no ano de 2006, a Administração Pública Federal ainda não havia analisado cerca de R\$ 11 bilhões, por falta de prestação de contas ou por falta de análise das contas apresentadas<sup>136</sup>.

O relatório da CPI concluiu que “é notório o descompasso entre a velocidade com que são firmados novos instrumentos de transferência e a morosidade na fiscalização e na análise das prestações de contas dos convênios anteriormente firmados”<sup>137</sup>.

Afora o problema da prestação de contas em si, a CPI confirmou suspeitas acerca de outras graves questões envolvendo as parcerias entre ONGs e Estado. Apurou que havia (e provavelmente ainda há) aprovação de convênio *pro forma*, isto é, sem a efetiva verificação da execução do objeto do convênio, em razão de negligência, desídia, corrupção, medo de perder o cargo, vontade de agradar o superior hierárquico, etc.<sup>138</sup>

A vinculação entre ONGs e parlamentares, que apresentam emendas para destinar recursos para as entidades privadas<sup>139</sup>, a não execução de objetos de convênio, sem a devida reprovação de contas<sup>140</sup>, ONGs de fachada, servindo de instrumento para o desvio de recursos públicos<sup>141</sup>, ONGs cuja única fonte de recursos são os convênios com ao Estado<sup>142</sup>, ONGs que terceirizam, sem licitação, a execução do objeto do convênio<sup>143</sup>, são algumas das condutas que a CPI de 2007 também conseguiu revelar concretamente.

A CPI de 2007 ainda destacou uma atuação do TCU, que buscou verificar a regularidade de aplicação dos recursos federais (Acórdão nº 2066/06), em 28 convênios que receberam cerca de R\$ 150 milhões. O TCU apurou que os planos de trabalho eram mal elaborados e possuíam deficiências na avaliação técnica, operacional e jurídica. Assim, dos 28 convênios, em 15 as ONGs não comprovaram a capacidade de execução dos objetos, mas receberam o valor total de R\$ 82 milhões. Verificou-se, também, a existência de uma falta de

---

<sup>135</sup> CONGRESSO NACIONAL(b), op. cit., p. 204.

<sup>136</sup> Acórdão nº 788/2006 – TCU – Plenário.

<sup>137</sup> CONGRESSO NACIONAL(b), op. cit., p. 206.

<sup>138</sup> Ibidem, p. 457-483.

<sup>139</sup> Ibidem, p. 523-526.

<sup>140</sup> Ibidem, p. 793.

<sup>141</sup> Ibidem, p. 815-816

<sup>142</sup> Ibidem, p. 1119

<sup>143</sup> Ibidem, p. 1120

transparência nos critérios de seleção de ONGs, o despreparo e a falta de estrutura para fiscalizar a execução dos convênios, irregularidades nos processos de licitação<sup>144</sup>.

Com efeito, nos idos de 2006 alguns órgãos sequer possuíam estrutura para acompanhamento e fiscalização dos recursos transferidos, e optavam por contratar a Caixa Econômica Federal para intermediar os repasses financeiros. Ao constatar essa situação, o TCU determinou ao MPOG que tomasse medidas para estruturar a Administração Pública Federal com instrumentos para o acompanhamento e fiscalização dos repasses às pessoas jurídicas sem fins lucrativos<sup>145</sup>. Assim surgiu o Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – Siconv<sup>146</sup>.

Para a análise de um caso específico, escolhe-se o do Plano Nacional de Qualificação do Trabalhador – PLANFOR, por ser um caso que bem explicita a calamidade da fiscalização e ressarcimento ao erário. Esse programa estabeleceu que o Ministério do Trabalho era o responsável por repassar recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador à Secretarias do Trabalho das diversas esferas da Administração Pública, bem como sindicatos. Os repasses eram feitos aos Estados, para concretização dos Planos Estaduais de Qualificação – PEQs e Parcerias Nacionais ou Regionais. No entanto, uma auditoria do TCU detectou que os repasses de recursos eram distorcidos, sem objetividade, sem supervisão/fiscalização<sup>147</sup>. Um dos setores mais graves foi o Distrito Federal, que mereceu destaque no relatório da CPI:

Não menos grave foi a execução do Planfor nas Secretarias Estaduais, tanto é assim que houve a instauração de Tomadas de Contas Especiais em convênios com 17 Estados. Podemos citar como exemplo o Distrito Federal, cujas irregularidades foram amplamente divulgadas pela imprensa e que recebeu R\$ 24.486.000,00 (vinte e quatro milhões e quatrocentos e oitenta e seis mil reais) para a execução do Planfor. Em razão da gravidade das irregularidades apuradas pela auditoria e em conformidade com as conclusões de trabalhos realizados pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal, pela Secretaria Federal de Controle (hoje incorporada pela CGU) e pelo MTE, o TCU determinou a instauração de uma TCE específica para cada entidade contratada pela Seter/DF em 1999, resultando em 42 TCEs cuja instrução ficou a cargo da 5ª Secex<sup>148</sup>.

A maioria dessas TCEs finalizou com condenação dos servidores públicos da Secretaria do Trabalho e Emprego – Seter/DF, bem como da entidade contratada, em ressarcir

---

<sup>144</sup> CONGRESSO NACIONAL(b), op. cit., p. 1116-1125.

<sup>145</sup> Acórdão nº 788/2006 – TCU – Plenário.

<sup>146</sup> TCU(a), op. cit., p. 6-7.

<sup>147</sup> CONGRESSO NACIONAL(b), op. cit., p. 344-353.

<sup>148</sup> Ibidem, p. 353

o erário. Quando não há pagamento espontâneo, o TCU solicita à Advocacia-Geral da União – AGU a propositura da ação de execução respectiva.

Das 42 TCEs mencionadas pela CPI, detectaram-se 11 em que já estão sendo executadas judicialmente. Ao se analisar tais ações, percebe-se que todas se referem aos recursos do Planfor liberados em 1999 em favor do Distrito Federal. Os acórdãos que condenaram os devedores ao ressarcimento ao erário foram prolatados entre 2005 e 2008 e as ações de execução foram propostas a partir de 2010. Segue tabela demonstrativa, cujos dados foram retirados do sítio do Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1, com valores atualizados:

PROCESSO	ACÓRDÃO TCU	ONG contratada pelo Distrito Federal, com recursos do Planfor	Valor atualizado da causa, em setembro de 2014
0004278-78.2011.4.01.3400	1715/2008 - PL	Ação Social do Planalto	R\$ 490.173,29
0030566-63.2011.4.01.3400	903/2009 - PL	Cooperativa Mista de Trabalho e de Cultura Empresarial	R\$ 3.993.896,92
0032243-31.2011.4.01.3400	1715/2008 - PL	Instituto Pedagógico de Educação Profissional do Brasil - IPEP	R\$ 2.274.581,47
0034426-72.2011.4.01.3400	487/2008 – PL	Centro Brasileiro de Pesquisa e Planejamento para o Desenvolvimento do Desporto, Cultura e da Cidadania – CIBRACID	R\$ 3.061.780,22
0035139-47.2011.4.01.3400	256/2006 – PL	Associação Beneficente Humanista Era de Aquarius	R\$ 1.361.174,38
0034571-31.2011.4.01.3400	1460/2008 - PL	Cooperativa de Educadores e Profissionais em Formação, Qualificação e Requalificação – COPEDE	R\$ 4.009.545,39

0024435- 04.2013.4.01.3400	2343/2006 – PL	Sindicato dos Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares em Brasília – Sindhobar	R\$ 6.289.785,26
0016721- 27.2012.4.01.3400	1026/2008 - PL	Serviço Nacional de Aprendizagem para o Trabalho, Emprego e Renda – Senater	R\$ 2.328.314,59
0009045- 28.2012.4.01.3400	1856/2005 – PL	União Educacional Assembléia de Deus Elim	R\$ 956.914,96
0011870- 42.2012.4.01.3400	1530/2008 - PL	Fundação de Estudos e Pesquisas em Administração - Fepad	R\$ 900.062,02
0007831- 70.2010.4.01.3400	33/2005 - PL	Fundação AthosBulcão	R\$ 127.284,05
TOTAL			R\$ 25.793.512,55

Até o presente momento, em *nenhuma* dessas execuções o débito foi adimplido. Percebe-se que algumas entidades não são ONG, tal qual o sindicato mencionado. Todavia, isso não afeta a conclusão acerca da ineficiência estatal na cobrança dos recursos públicos malversados. Cerca de *15 anos* após a liberação dos recursos, ainda não houve ressarcimento ao erário dos recursos referentes ao Planfor.

No cenário apresentado, percebem-se grandes falhas no modelo de parceria entre Estado e entidades sem fins lucrativos. A falta de prestação de contas, a falta de análise das contas, e a mera aprovação formal das contas, conforme detectados pelas CPIs, são grandes obstáculos para a consecução do interesse público<sup>149</sup>.

Desses achados das CPIs, pode-se concluir que o Estado não escolhe bem as entidades com quem celebra convênio, não analisa satisfatoriamente as prestações de contas, não sabe se parte significativa dos recursos repassados foram realmente aplicados no objeto do convênio, demora muito para condenar os responsáveis a ressarcir o erário<sup>150</sup> e, quando há

<sup>149</sup> CONGRESSO NACIONAL(b), op. cit. 21-1120

<sup>150</sup> Cf. Caso Planfor acima.

condenação no ressarcimento, o Estado dificilmente consegue ver seu crédito judicialmente satisfeito<sup>151</sup>.

Denota-se, portanto, um quadro de deficiência burocrática, o que contribui para dificultar a produção de prova da eventual participação de um servidor público. Como será melhor detalhado adiante, o ato de improbidade necessita de um elemento subjetivo, consistente na má-fé, no dolo, na desonestidade. Noutro giro, as deficiências administrativas acima destacadas contribuem para a malversação de recursos públicos pelo Terceiro Setor, por meio, por exemplo, da aprovação *pro forma* das contas prestadas, da demora na análise das contas e do lançamento irregular de dados no Siafi, que permite que ONGs que materialmente incorreram em irregularidades não recebam a respectiva restrição nesse sistema<sup>152</sup>.

Esse ambiente burocraticamente deficiente dificulta a prova do dolo do servidor público, que eventualmente participou do ato ilícito, porque os eventuais erros na celebração do convênio ou na análise da prestação das contas podem ser imputados à estrutura administrativa deficiente.

O que se pretendeu deixar claro com o presente tópico é que problemas graves foram detectados nas parcerias entre Estado e Terceiro Setor, consistentes em um ambiente burocrático estatal deficiente, que pode propiciar a malversação de recursos públicos pelas ONGs, sendo que é difícil a comprovação da participação de um agente públicon nesse ilícito.

## **2.4 A Escolha Racional nas Parcerias entre o Estado e o Terceiro Setor**

Pode-se afirmar que “organizações beneficentes maximizam o bem-estar social”<sup>153</sup>, isto é, o bem-estar social é uma utilidade para o dirigente de ONGs. No entanto, o que o dirigente desonesto visa maximizar é o dinheiro, ainda que obtido de forma ilícita.

Os custos da conduta do dirigente desonesto incluem as exigências burocráticas de obtenção de CNPJ, de contratação de contador para a pessoa jurídica, de aplicar dinheiro para pesquisar as ações governamentais disponíveis, de confeccionar um plano de trabalho, da probabilidade de ser descoberto e condenado e da magnitude da pena a ser aplicada.

---

<sup>151</sup> Cf. item 2.2 do presente trabalho.

<sup>152</sup> Cf. “adimplência irregular” acima. CONGRESSO NACIONAL(b), op. cit., p. 202-204

<sup>153</sup> COOTER, ULEN, op. cit., p. 36

As penas que o dirigente desonesto pode sofrer são as seguintes: condenação no ressarcimento ao erário, multa administrativa (aplicada pelo TCU) e processo criminal. Observe-se que uma penalização (um castigo) é mais grave do que a condenação de simplesmente ressarcir o dinheiro que desviou. Suponha que a única consequência do desvio de recursos públicos seja a devolução desses recursos. Nesse caso, haverá extremo incentivo para a ocorrência de atos de improbidade, porquanto o agente não perderá nada. Quando muito, terá que devolver aquilo que desviou. Assim, além de ter que devolver os recursos desviados, a pessoa desonesta deve sofrer um castigo, uma punição pelo ato ilícito.

Nesse sentido, percebe-se que, se a LIA incidir para o dirigente desonesto, aumenta-se significativamente a magnitude da pena, pois acrescenta-se outra multa, podendo chegar até três vezes o acréscimo patrimonial, ou duas vezes o valor do dano, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público, incluindo a pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

Assim, *do ponto de vista da teoria da escolha racional*, a incidência da LIA sobre os dirigentes do Terceiro Setor é um grande desincentivo à malversação de recursos públicos, porquanto aumenta significativamente a intensidade das penas possivelmente aplicadas. Quanto mais decisões judiciais, quanto mais as penas forem rígidas, presume-se que haverá mais diminuição da improbidade administrativa. Isso porque as condenações judiciais têm o poder de gerar um efeito psicológico de medo em ser flagrado cometendo ato de improbidade, podendo levar o gestor da ONG a deixar de cometer o ato de improbidade.

Veja-se que aqui não se está defendendo a legitimidade passiva autônoma do dirigente de ONG figurar na ação de improbidade administrativa, mas somente esclarecendo que, segundo a TER, a eventual aplicação das penas da LIA tende a diminuir a malversação de recursos no Terceiro Setor.

Por outro lado, como visto acima, é razoável dizer que a chance do dirigente de ONG responder um processo criminal é de 3,17%<sup>154</sup>. E não se trata de uma comparação solta, porquanto as situações são muito similares. Na pesquisa mencionada, Alencar e Gico Jr<sup>155</sup> colheram informações à disposição do Estado, como são as publicações de exoneração no Diário Oficial. Quanto a presente pesquisa, todos os convênios são controlados pelo Estado,

---

<sup>154</sup> ALENCAR, GICO JR., op. cit., p. 87-89.

<sup>155</sup> Ibidem.

ou pelo menos catalogados e, se não houver execução do objeto ou não prestação de contas, as ONGs serão condenadas pelo Tribunal de Contas.

O que se pretende dizer é que o substrato fático da pesquisa de Alencar e Gico Jr<sup>156</sup> (fatos catalogados pelo Estado) é aplicável aos convênios celebrados com o Terceiro Setor e, portanto, pode-se projetar as diminutas chances de processo judicial para as ONGs e seus dirigentes. Aliás, essas chances podem até ser menores, porquanto há debate acerca da possibilidade de aplicação da LIA ao Terceiro Setor, como será visto no capítulo 4.

Em se tratando da probabilidade de ressarcimento ao erário, e também de recolhimento das eventuais multas aplicadas, a chance também não é otimista. Como visto acima, o percentual de chance de ressarcimento ao erário é de 14,62%. Não se deve esquecer que esse percentual foi alavancado em razão de um único acordo administrativo entre a União e o Grupo OK, que garante ao ente federativo o recolhimento de R\$ 4 milhões mensais. Assim, pode-se afirmar que a chance de ressarcimento ao erário é menor que 14,62%<sup>157</sup>.

As deficiências administrativas encontradas pela CPI das ONGs facilitam a maximização da utilidade (dinheiro desviado) pelo dirigente desonesto, pois diminuem a probabilidade de ser condenado em ação judicial, bem como amenizam os custos da conduta ilícita. O sistema de fiscalização é ruim, há péssimo controle administrativo, quase não há instauração de tomada de contas especial, grande parte das contas apresentadas não são analisadas pelo Poder Executivo e, quando são, sofrem uma aprovação meramente formal<sup>158</sup>. Além disso, o fato do Estado não escolher bem as entidades com quem celebra convênio, atrasa muito a condenação dos responsáveis em ressarcir o erário<sup>159</sup>, bem como para ter seu crédito judicialmente satisfeito<sup>160</sup>, também contribuem para maximizar a utilidade do dirigente desonesto.

Com efeito, *aos dirigentes de ONGs é posto um cenário de facilidade na celebração dos convênios e de dificuldade na fiscalização e, pior, entraves até na análise das contas apresentadas*. Portanto, pode-se afirmar que realmente existem incentivos para a malversação de recursos públicos no Terceiro Setor.

---

<sup>156</sup> ALENCAR, GICO JR, op. cit.

<sup>157</sup> Informação obtida em um gráfico fornecido pela Advocacia-Geral da União, em atendimento à uma demanda da Lei de Transparência.

<sup>158</sup> CONGRESSO NACIONAL(b), op. cit. 21-1120

<sup>159</sup> Cf. Caso Planfor acima.

<sup>160</sup> Cf. item 2.2 do presente trabalho.



De todo o exposto, conclui-se que é necessário ter mecanismos de combate à má gestão de recursos no Terceiro Setor. No próximo capítulo se verá quais são os instrumentos jurídicos que podem contribuir para dessa má gestão no Terceiro Setor.

### 3 INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE COMBATE À MALVERSAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS PELO TERCEIRO SETOR

O direcionamento dos convênios, a aprovação meramente formal das contas apresentadas, a celebração de convênios em quantidade superior à capacidade fiscalizatória, a fiscalização ruim, o baixíssimo percentual de instauração de tomada de contas especial e a não apresentação das contas são pontos identificados pelas pesquisas e auditorias de órgãos técnicos, que se constituem em incentivos para a improbidade administrativa no Terceiro Setor. Esses pontos diminuem os custos da conduta ímproba e aumentam a probabilidade de não ser processado e condenado definitivamente.

Essas conclusões estão baseadas em relatórios técnicos produzidos pelo TCU<sup>161</sup>, Ipea<sup>162</sup>, CGU<sup>163</sup> e, principalmente, nos achados das duas CPIs<sup>164</sup> constituídas pelo Congresso Nacional, que avaliou as ONGs no período de 1999 a 2006. Para depois desse período, não existem estudos amplos e profícuos sobre o assunto, tal qual o fizeram as CPIs. De toda forma, é possível analisar, com base na Teoria da Escolha Racional, se as mudanças legislativas e jurisprudenciais supervenientes às CPIs tendem a modificar o cenário aqui identificado. Visando-se melhor analisar essas mudanças, utilizar-se-á da teoria do agente-principal.

#### 3.1 Teoria do Agente-Principal aplicada às relações entre Estado e Terceiro Setor

Pode-se dizer que a Teoria dos Jogos é um segmento da Teoria da Escolha Racional, qualificada por decisões estratégicas, isto é, quando a *decisão de uma pessoa depende da ação de outra*<sup>165</sup>. Assim, a Teoria dos Jogos é a ciência da estratégia, que estuda as decisões das pessoas, segundo as preferências destas, *considerando o que as outras pessoas irão decidir*<sup>166</sup>.

---

<sup>161</sup> TCU(a), op. cit., TCU(b), op. cit.,

<sup>162</sup> IPEA(a) op. cit., IPEA(b) op. cit., IPEA(d), op. cit.

<sup>163</sup> CONGRESSO NACIONAL(b), op. cit.

<sup>164</sup> CONGRESSO NACIONAL(a), op. cit., CONGRESSO NACIONAL(b), op. cit.

<sup>165</sup> KIRSCHBAUM, Charles; IWAI, Tatiana. Teoria dos jogos e microsociologia: avenidas de colaboração. *Rev. adm. contemp.* [online]. Curitiba, vol.15, n.1, p. 140, fev. 2011.

<sup>166</sup> FILHO, Valdir Antonio Vitorino; NETO, Mário Sacomano; SPERS, Eduardo Eugênio. Escolas do Pensamento Estratégico: uma contribuição a partir da teoria dos jogos. *Revista Eletrônica de Negócios Internacionais da ESPM*, vol. 4, n.2, p. 19-20, jul./dez. 2009.

A teoria dos jogos busca determinar “matemática e logicamente as atitudes que os jogadores [...] devem tomar para assegurar os melhores resultados para si próprios num conjunto alargado de ‘jogos’”<sup>167</sup>. Para cada decisão há uma recompensa e pressupõe-se que os jogadores visam maximizar seus ganhos e/ou minimizar suas perdas<sup>168</sup>. É sobre esse prisma, já melhor delineado no capítulo 2, em que se analisará a relação entre Estados e ONGs.

A Teoria dos Jogos pode se desenvolver de forma bem complexa. No entanto, tal complexidade não convém aqui abordar, uma vez que se pretende tão-somente esclarecer a dinâmica entre o Estado e o Terceiro Setor. Para tanto, se utilizará o modelo do principal-agente.

No modelo do principal-agente, uma pessoa (o principal) contrata uma outra pessoa (o agente) para realizar algum serviço no interesse daquele, com delegação de poderes de decisão. Nesse cenário, em que ambos principal e agente são maximizadores de seus próprios interesses, é razoável compreender que nem todas as decisões do agente serão em prol do principal<sup>169</sup>. Em razão disso, o principal deve estabelecer incentivos para o agente seguir os interesses do contratante, assim como deve monitorá-lo<sup>170 171</sup>.

Essa modelagem foi sofisticada por Toke Aidt e aplicada à corrupção, que a dividiu em 4 tipos: i) corrupção eficiente, ii) corrupção com principal benevolente, iii) corrupção com principal não-benevolente e iv) corrupção autorreforçada<sup>172</sup>. Cabe destacar que Aidt se refere à corrupção no *lato sensu*, em que existem um agente público e um particular, numa relação de desvio de recursos públicos, cujas partes podem convergir para o mal ou o agente público pode lutar para diminuir o desvio de recursos.

Conforme Aidt, a corrupção eficiente é aquela que surge para facilitar transações entre agentes que, de outra forma, não seria possível. Faz uma alocação de recursos, a fim de obter processos mais rápidos ou introduzir uma competição nos escassos recursos governamentais.

<sup>167</sup> FILHO, NETO, SPERS, op. cit., p. 21.

<sup>168</sup> MARINHO, Raul. *Prática na teoria*. Aplicações da teoria dos jogos e da evolução aos negócios. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 52-53.

<sup>169</sup> JENSEN, Michael C. MECKLING, William H. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics*, vol. 3, n. 4, p. 5, oct. 1976. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=94043> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.94043>>. Acesso em 29 set. 2014.

<sup>170</sup> JENSEN, MECKLING, op. cit., p. 5-6.

<sup>171</sup> Os autores ainda acrescentam o conceito de “residual loss”, que consiste na contabilidade, nos custos do contrato, de toda perda sofrida pelo principal. Esse conceito é eminentemente negocial, razão pela qual não se abordará aqui. Para mais informações, conferir JENSEN, MECKLING, op. cit.,

<sup>172</sup> AIDT, Toke S. Economic Analysis of Corruption: a Survey. *The Economic Journal*, vol. 113, n. 491, p. F633, nov. 2003. Disponível em: <[ebsco.host](http://ebsco.host)>. Acesso em: 16 ago. 2014.

Em outras palavras, considerando não haver custos de transação (probabilidade de ser processado e preso, de pagar multa, de perder o emprego etc.), o agente público e o setor privado poderiam livremente negociar os subornos, chegando-se a um acordo ótimo. No entanto, isso é somente uma falácia, isto é, o acordo não seria ótimo porque i) agentes públicos tem o domínio sobre a quantidade e qualidade dos serviços público, levando o agente a criar demandas desnecessárias, ii) na realidade, há gastos de recursos para manter o pacto corrupto em sigilo, elevando-se os custos da transação, iii) os pactos corruptos não podem ser executados na Justiça e iv) a corrupção não “conserta” as falhas do Estado, mas sim cria falhas burocráticas<sup>173</sup>. Essa modalidade não se aplica ao presente trabalho, porque as ONGs têm fácil acesso aos recursos públicos de ações governamentais

A corrupção com principal benevolente é aquela em que o principal (o governo ou ocupantes de cargos públicos de alto escalão) delega decisão para o agente não benevolente (por exemplo, por meio da contratação auditores fiscais). Aqui, o nível da corrupção depende do custo-benefício de se delinear um sistema ótimo de instituições, que, por sua vez, é constituído do salário que o agente recebe, do sistema de monitoramento e das sanções legais<sup>174</sup>. É da combinação desses elementos que sobressai o melhor sistema. No entanto, o melhor sistema não é aquele que visa eliminar totalmente da corrupção, pois o custo seria demasiadamente alto. Assim, um principal benevolente se vê na contingência de permitir que a corrupção ocorra em algum grau, desde que os custos de se eliminar totalmente a corrupção sejam muito altos<sup>175</sup>.

A corrupção com principal não-benevolente é aquela em que o próprio principal (no sentido da Administração Pública) introduz mecanismos para extorquir recursos do setor privado (*rent-seeking*). Isto é, as práticas corrupção não são falhas da burocracia, mas sim criados pelos burocratas, visando arrecadar recursos do setor privado, de forma ilegal. Esses mecanismos tendem aumentar os custos do setor privado, diminuindo a competição no mercado. Nesse modelo, o principal (aqui o alto escalão do Governo) tem que ter incentivos para promover políticas anticorrupção, tais como o controle popular das condutas dos candidatos à eleição, o fortalecimento da separação dos poderes ou descentralização dos serviços públicos<sup>176</sup>.

---

<sup>173</sup> AIDT, op. cit., p. F633-F635.

<sup>174</sup> Ibidem, p. F633-F6366.

<sup>175</sup> Ibidem, p. F638.

<sup>176</sup> Ibidem, p. F642-F646.

A corrupção autorreforçada é aquela cujo enfoque não está na estrutura de incentivos das instituições, mas sim na história das instituições, isto é, em como a sociedade e os membros da instituição esperam um comportamento corrupto. Assim, caso haja uma descoberta de um ato corrupto, haverá uma tendência de acobertamento pelos demais membros, igualmente corruptos. Para casos como esse, é necessário haver um grande rompimento institucional, com grandes poderes de investigação e independência aos investigadores<sup>177</sup>.

Desses três últimos modelos de principal-agente apontados por Aidt, os de principal benevolente e não benevolente são interessantes para o presente estudo, pois se referem justamente à conduta adotada pelo principal. A corrupção autorreforçada seria cabível se o sistema de fiscalização fosse feito pelo próprio Terceiro Setor e não por alguém de fora (Estado).

Identificado os problemas pela CPI<sup>178</sup>, presume-se que o Governo, e a sociedade em geral, tomou conhecimentos dos graves problemas que incentivam a má gestão no Terceiro Setor. Assim, é possível analisar a conduta do Estado no pós-CPI, a fim de verificar que se o Estado adotou um perfil benevolente ou não-benevolente, com o auxílio da teoria da escolha racional. Por exemplo, se o Estado editar uma norma que preveja a possibilidade de ONG determinada celebrar todos os convênios em determinado setor, abstrai-se um recrudescimento do direcionamento dos convênios. Por outro lado, se o Estado estabelecer uma forma mais objetiva de escolha das ONGs, presume-se a benevolência, uma vez que tentará fazer uma escolha isenta da entidade do Terceiro Setor.

### **3.2 Instrumentos Jurídicos de Desincentivos à Improbidade Administrativa no Terceiro Setor**

Do quadro de incentivos à improbidade administrativa no Terceiro Setor, detectados no segundo capítulo, ainda não se pode concluir se a Administração Pública brasileira age como principal benevolente ou não-benevolente.

A Administração Pública não cria burocracia impeditiva para a consecução das atividades do agente (dirigente de ONG), a fim criar mecanismos de *rent-seeking*, para se

---

<sup>177</sup> AIDT, op. cit., p. F646-F649.

<sup>178</sup> CONGRESSO NACIONAL(b), op. cit. 21-1120

apropriar de recursos de forma indevida. Na verdade, ela facilita as atividades do agente, sendo negligente na apuração das contas apresentadas pelas ONGs.

Por outro lado, é razoável pensar que a facilidade para se obter recursos seja justamente o instrumento de *rent-seeking* da Administração Pública não-benevolente, isto é, que realize colusão com as ONGs, a fim de desviar recursos públicos. Essa situação seria reforçada pela negligência na apuração das contas.

Dessa forma, são necessários mais elementos para se formar uma convicção. Para tanto, analisar-se-á se a legislação superveniente tentou fornecer instrumentos para a improbidade administrativa no Terceiro Setor.

Os problemas detectados no âmbito de investigação da CPI de 2007 (1999-2006) *ocorreram na vigência da IN 01/97-STN*. Somente posteriormente, e talvez em razão dos achados da CPI, houve a edição do Decreto nº 6.170/2007, da Portaria Interministerial 127/2008, posteriormente revogada pela Portaria Interministerial nº 507/2011 – PI 507/2011, e da recente Losc.

No presente item, averiguar-se-á se os problemas (incentivos à corrupção), detectados pela CPI de 2007, foram combatidos pelas legislações posteriores ou, se por outro lado, houve a manutenção ou agravamento do contexto de incentivos à corrupção no Terceiro Setor.

A legislação superveniente à CPI trouxe instrumentos que tendem a aumentar o custo da conduta ímproba e a probabilidade de detecção do ato ilícito, pelo menos para alguns dos incentivos à improbidade administrativa.

O direcionamento dos convênios e a aprovação meramente formal das contas apresentadas diminuem os custos do ato de improbidade, incentivando o dirigente a malversar recursos públicos. Como constatado pela CPI, o processo de escolha das ONGs pela Administração Pública não seguia um padrão com regras claras. Deveras, a IN 01/97-STN não tem previsão específica sobre critérios de seleção de entidades sem fins lucrativos. Esses e outros pontos foram objetos de alteração legislativa, que são melhor detalhados na tabela a seguir.

	IN 01/97	DECRETO Nº 6.170/2007 E REGULAMENTAÇÃO PELA PORT. INTERM. 507/2011	LEI 13.019/2014
DIVULGAR PROGRAMAS DO GOVERNO E CRITÉRIOS PARA ESCOLHA DOS CONVÊNIOS		art. 4º, <i>caput</i> , da PI 507/2011	
ESTABELECEER OBJETIVOS E RESULTADOS		art. 4º, § 3º da Pt. Inter. 507/2011	art. 8º
OBRIGAÇÃO DE HAVER CHAMAMENTO PÚBLICO		art. 4º e ss. do Dec. 6.170/2007	art. 24
ONGS QUE NÃO PRESTARAM CONTAS, DESCUMPRIRAM O PACTO OU EFETUARAM DESVIO DE FINALIDADE DE OUTROS CONVÊNIOS, NÃO PODERÃO CELEBRAR NOVOS AJUSTES	Art. 5º, inc. I	art. 2º, inc. V, do Dec. 6.170/2007	art. 39, inc. V, da Lei nº 13.019/2014
PRESTAÇÃO DE CONTAS DEVE OBEDECER NORMAS BRASILEIRAS DE CONTABILIDADE			art. 33, inc. IV, alínea “a”
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEVE MONITORAR, ACOMPANHAR E FISCALIZAR O CONVÊNIO	Art. 23	art. 5º, inc. I, alínea “a”; art. 65 e ss., todos da Pt. Inter. 507/2011	art. 58, <i>caput</i> , da Lei nº 13.019/2014
OBRIGATORIEDADE DE		Art. 66 da Pt. Inter. 507/2011	Art. 58

<b>FISCALIZAÇÃO <i>IN LOCO</i></b>			
<b>PRAZO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ANALISAR AS CONTAS APRESENTADAS PELO CONVENIENTE</b>	Art. 31 (60 dias)		art. 71
<b>POSSIBILIDADE DE CELEBRAR CONVÊNIOS EM PARCELA ÚNICA</b>	Art. 7º, inc. VII	art. 54 da Pt. Inter. 507/2011	art. 49, ambos da Lei nº 13.019/2014
<b>CONVÊNIOS EM VÁRIAS PARCELAS NECESSITA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS DA PARCELA ANTERIOR PARA SE LIBERAR A PARCELA POSTERIOR</b>	Art. 21, §2º (mas somente a partir da 3º parcela. Isto é, para duas parcelas, não é preciso prestação de contas parcial)		art. 49, inc. II, da Lei nº 13.019/2014
<b>SAQUE DAS CONTAS SOMENTE MEDIANTE CHEQUE NOMINATIVO OU TRANSFERÊNCIA BANCÁRIA</b>	Art. 20	Art. 20 da PI 507/2011	
<b>OBRIGAÇÃO DE LICITAÇÃO</b>	Art. 27		



Quanto ao direcionamento dos convênios, o art. 4º, *caput* da Portaria Interministerial 507/2011 prevê que a Administração Pública deve divulgar os programas de governo e os critérios que irá utilizar para contratação dos convenientes. No mesmo sentido vai o art. 8º da Lei nº 13.019/2014. Mas o avanço mais importante contra o direcionamento dos convênios foi o estabelecimento do chamamento público. Apesar de na Portaria Interministerial 507/2011 apenas constar a *possibilidade* (art. 7º da Pt. Inter. 507/2011 – o que parece uma ilegalidade, já que o Dec. 6.170/2007 estabelece uma obrigatoriedade), o art. 4º do Dec. 6.170/2007 e, posteriormente, o art. 24 da Lei nº 13.019/2014 determinam que a Administração Pública *deve* promover um chamamento público de ONG.

Com efeito, a regulação da IN 01/97-STN permitia celebrar convênio com ONGs sem nenhum critério ou orientação objetiva. Bastava apresentar um plano de trabalho que se adequasse a um programa governamental. Assim, um certame que segue critérios objetivos para escolher a melhor ONG para realizar a parceria com o Estado revela-se um importante avanço no combate à corrupção no Terceiro Setor. Tende a dificultar direcionamentos, apadrinhamentos e toda sorte de manipulação da coisa pública. Sabe-se que não será uma panaceia, pois, apesar da incidência da Lei das Licitações na contratação de obras e serviços, é consabida a existência de fraudes e conluio para direcionamento de licitações.

Porém, o chamamento público é um importante elemento de proteção do Estado e, além disso, aumenta o custo da conduta ilícita. Isso porque exige um conluio entre as ONGs, ou entre estas e servidores públicos, para que possam fraudar o chamamento público. Conluio que não era necessário na vigência da IN 01/97. Portanto, isso aumentou o custo do ato ilícito, constituindo-se em um incentivo para diminuir a corrupção.

A Lei nº 13.019/2014 também aumentou o custo da conduta ímproba ao estabelecer a necessidade da prestação de contas obedecer princípios fundamentais das Normas Brasileiras de Contabilidade (art. 33, inc. IV, alínea “a”).

Por outro lado, a Losc preocupou-se com a qualidade dos planos de trabalho apresentados pelas ONGs. Em seu art. 22, aquela estabeleceu parâmetros específicos e detalhados sobre o que deve conter o plano de trabalho, como o plano de aplicação dos recursos públicos, estimativa de valores a serem recolhidos para pagamentos dos encargos trabalhistas e previdenciários, prazo para cumprimento das atividades, dentre outros requisitos. Com efeito, um plano de trabalho mais elaborado exige um custo maior para o

dirigente de ONG, bem como permite um melhor controle dos trabalhos a serem realizados pela entidade, constituindo-se em um desincentivo à improbidade administrativa no Terceiro Setor.

Quanto à probabilidade de detecção da improbidade administrativa, o instrumento que mais pode aumentar “p” é a nova obrigação da fiscalização *in loco* pela Administração Pública. A Administração Pública deve monitorar, acompanhar e fiscalizar o convênio (art. 24 da IN 01/91-STN; art. 5º, inc. I, alínea “a” e art. 65 e ss., ambos da Pt. Inter. 507/2011; art. 58, *caput*, da Lei nº 13.019/2014), conferindo se o conveniente procedeu à licitação para contratação de obras e serviços (art. 27 IN 01/91-STN; art. 5º, inc. II, alínea “d”, da Pt. Inter. 507/2011). Com a edição da PI 507/2011 tornou-se obrigatório a fiscalização *in loco* do convênio (art. 66 da portaria), o que foi seguido pelo art. 58 da Losc. E mais, na Losc a fiscalização é lavrada por meio de um relatório técnico de monitoramento da parceria, que conterà análise do cumprimento das metas, em atendimento a uma fiscalização preventiva (art. 59 da Lei nº 13.019/2014). Ainda, na mencionada portaria interministerial, há determinação para que a Controladoria-Geral da União promova auditorias periódicas nos convênios (art. 67, § 3º, da Pt. Inter. 507/2011).

Nesse contexto, percebe-se nitidamente o grande avanço das normas no tocante à fiscalização. A IN 01/97 não obrigava a fiscalização *in loco*, facilitando as fraudes e os desvios. Com a fiscalização *in loco* facilita-se as descobertas das fraudes, presume-se uma diminuição da aprovação meramente formal das contas e um aumento no percentual da instauração das tomadas de contas especial, em razão da majoração da probabilidade de detecção da improbidade administrativa.

A entidade que recebe recursos públicos está obrigada a prestá-las no prazo de 90 dias, a contar do término da parceria (art. 10, § 7º, do Dec. nº 6.170/2007; art. 72 da Pt. Inter. 507/2011, art. 69 da Lei nº 13.019/2014). Por sua vez, com a edição do art. 71 da Lei nº 13.019/2014, a *Administração Pública* tem o prazo de 90 a 150 para analisar as contas apresentadas sob pena de noticiar o atraso ao Ministro de Estado, ou ao Secretário de Estado, ao conselho de políticas públicas e ao controle interno correspondentes (art. 71, § 3º, da Lei nº 13.019/2014). Sem dúvida, essa também é uma grande inovação. Estabelecer prazo, com um procedimento pelo descumprimento (informação ao Ministro), cria-se um incentivo para a Administração Pública se organizar, a fim de que consiga analisar as contas prestadas pelos

convenientes ou não incida mais na conduta de celebrar mais convênios do que consegue fiscalizar. É verdade que melhor seria estabelecer outros incentivos, como noticiar a Controladoria-Geral da União, o Tribunal de Contas da União ou até mesmo o estabelecimento de multa para atrasos severos ou acumulação de prestação de contas sem análise.

Em suma, esses foram os principais instrumentos trazidos pela Lei nº 13.019/2014, que podem influenciar na diminuição da má gestão no Terceiro Setor. Assim, ainda restam inalterados, pelo menos a princípio, outros incentivos como a celebração de mais convênios do que se consegue fiscalizar. Além disso, existe um outro incentivo à malversação de recursos, mas que não foi detectado nos relatórios técnicos abordados nesta pesquisa.

Trata-se da forma de liberação dos recursos públicos. Para os casos em que há previsão de repasses de recursos públicos em mais de uma parcela, a transferência da próxima parcela é condicionada à apresentação das contas da parcela anterior. Na vigência da IN 01/97, a prestação de contas parcial somente era devida para a liberação da 3ª parcela. Nas normas posteriores, é devida já a partir da 2ª parcela (art. 7º, inc. VII da IN 01/97-STN, art. 54 da Pt. Inter. 507/2011; art. 42, inc. III, e art. 49, ambos da Lei nº 13.019/2014).

A obrigatoriedade dos repasses serem de forma parcelada, *com análise da prestação de contas pelo gestor público*, antes da liberação da próxima parcela, diminuiria a improbidade administrativa no Terceiro Setor, porquanto aumenta tanto os custos da conduta, bem como a probabilidade de detecção de atos ilícitos, prevenindo-se novos desvios das parcelas posteriores. No entanto, isso multiplicaria as contas a serem analisadas pela Administração Pública. Ora, se o Poder Executivo não consegue analisar somente a prestação de contas final, quicá a multiplicação da quantidade de prestação de contas (parciais). Em razão disso, o artigo que determinava que a prestação de contas parciais *deveria ser analisada pelo gestor público* (art. 61, inc. III, da Lei nº 13.019/2014) foi vetado pela Presidente da República, sob o argumento de que isso poderia “engessar a execução das parcerias”<sup>179</sup>.

De todo modo, se se deseja evitar o desvio de recursos públicos pelo Terceiro Setor, e se é inviável estabelecer a obrigação de várias prestações de contas parciais para um único convênio, então é aconselhável que, pelo menos para convênios envolvendo recursos volumosos, se estabeleça tal obrigatoriedade. A distinção que a Losc fez nesse sentido foi

---

<sup>179</sup> Mensagem nº 226, de 31 de Julho de 2014.

possibilitar procedimentos diferenciados para convênios com objetos complexos, desde que o valor não supere R\$ 600 mil (art. 63, § 3º da Losc). Como se percebe, na verdade a Losc parece facilitar a prestação de contas para valores menores de R\$ 600 mil, mas não tornou mais rígida prestação de contas para os convênios com volumosos recursos.

O prejuízo do desvio dos recursos públicos pode se minorado mediante o aumento do percentual do ressarcimento ao erário, o que aumenta a magnitude da pena. Nesse sentido, a Losc estabeleceu o “impedimento para celebrar parceria enquanto não houver o ressarcimento do dano ao erário, pelo qual seja responsável a organização da sociedade civil ou seu dirigente” (art. 39, § 2º, da Lei nº 13.019/2014).

Em se tratando de ressarcimento ao erário, nota-se ainda alguns espaços em que a legislação pode melhorar para aumentar a magnitude da pena. Se a intenção do Estado é ressarcir o erário, então se deveria criar incentivos para tanto, como o parcelamento da dívida. A questão está em se saber se é possível parcelar uma dívida oriunda de atos de corrupção. Não seria isso uma violação ao princípio da moralidade administrativa?

Antes de responder essas perguntas, cumpre deixar claro não haver nenhum problema em parcelar uma dívida oriunda de um débito por ato não corrupto. Por exemplo, se uma ONG tiver 10% das contas reprovadas por ter adquirido bens não constantes do termo de colaboração e, em demonstração da boa-fé, dispor-se a devolver ao erário a parte impugnada, acredita-se que não haverá dolo na má-gestão. Nesse caso, a entidade pode parcelar o débito, pelo menos quando esse débito está sendo objeto de cobrança judicial, com base na Lei nº 9.469/97 (e nas demais leis de refinanciamento de débitos tributários, para créditos dessa natureza).

Voltando ao tema do parcelamento de débitos oriundos da corrupção, é necessário primeiramente separar a corrupção do ressarcimento ao erário. A contraprestação da corrupção deve ser uma punição, um castigo. Por outro lado, não se pode dizer que uma mera devolução de recursos seja um castigo. Isso é somente uma recomposição do *status quo ante*, sem conteúdo punitivo. Por isso o ressarcimento ao erário não é uma pena propriamente dita, mas sim uma reposição.

É certo que ambos se originam de um ato ilícito (a “pena-castigo” e o ressarcimento ao erário). No entanto, a corrupção fere mais obrigações cívicas, e em maior gravidade, do que

uma conduta ilícita que gera uma dívida. No exemplo acima, a ONG é obrigada a devolver os 10% dos recursos não aprovados. Para tanto, a ONG tem uma chance de ressarcir o erário *voluntariamente* (art. 31, §4, da IN 01/97; art. 73 da PI 507/2011; art. 70 da Lei nº 13.019/2014). Até aqui, somente está havendo um acerto de contas. Acaso a ONG se negue a ressarcir o erário, então passará a haver uma violação da confiança administrativa estabelecida entre a Administração Pública e a ONG. Isso ocasiona a inscrição da ONG no Cepim, Cadastro de Inadimplentes, dentre outras punições.

No ato de improbidade administrativa, além da simples violação da confiança pública, há uma conduta mais gravosa, merecedora de um castigo. Por exemplo, se os 10% não aprovados fossem em razão da constatação de notas fiscais falsas, além da obrigação de ressarcir o erário e ser inscrito em cadastros de restrições, o dirigente ainda incorreu nas condutas descritas nos art. 9º e 10º da Lei de Improbidade Administrativa.

Portanto, é possível proceder uma divisão entre a pena por um ato corrupto e a necessidade de ressarcimento ao erário. Tanto que é plenamente possível um dirigente de ONG ser processado por ato de corrupção, apesar de ter ressarcido o erário de forma voluntária, sendo que isso não eliminará a pena pela corrupção, mas eliminará a dívida para com o Estado e será retirado do cadastro de inadimplentes.

Portanto, o art. 39, § 2º, da Lei nº 13.019/2014, melhor atenderia o interesse público se previsse formas de facilitação do ressarcimento ao erário, mesmo de débito oriundo de ato corrupto, ao invés de peremptoriamente não permitir novos convênios até a quitação dos débitos de outros convênios. Para finalizar esse ponto, percebe-se que aqui se defende somente o parcelamento dos débitos, com a devida incidência dos encargos financeiros, e não descontos nos valores que foram desviados por atos de improbidade administrativa ou nas multas aplicadas por conduta ímproba, como no caso da ausência de prestação de contas.

Do contexto apresentado até aqui, pode-se concluir que o Poder Legislativo está buscando ser um principal benevolente, porque o não-benevolente dependeria da intensificação na facilitação na obtenção de recursos públicos, bem como da densificação da negligência da apuração da prestação de contas. No entanto, o movimento legislativo ocorreu em sentido contrário, em razão da instituição do chamamento público, da obrigatoriedade da fiscalização *in loco* e do estabelecimento de prazo para a Administração Pública analisar as contas apresentadas. Em razão desses pontos é que se conclui que a Administração Pública,

pelo menos recentemente, é um principal benevolente, pois repassa parte das atividades estatais para o Terceiro Setor e está buscando melhorar o sistema de monitoramento do agente e das sanções legais.

Antes de finalizar o tópico, é necessário esclarecer que os desincentivos previstos nas novas legislações necessitam de servidores públicos em quantidade suficiente e qualificados para, por exemplo, realizar a fiscalização *in loco* e analisar todas as contas prestadas, dentro do prazo estabelecido pela lei. Não se sabe se a Administração Pública aumentou o quadro de servidores públicos que trabalham com as parcerias com o Terceiro Setor. Mas o fato é que se houver essa estrutura de servidores públicos concretizando as novidades da Losc, a tendência, de acordo com a Teoria da Escolha Racional, é diminuir a improbidade administrativa no Terceiro Setor.

Dessa forma, na análise conjuntural da Lei nº 13.019/2014, constata-se que houve importantes inovações, elevando-se as variáveis custo e magnitude da pena, a ser considerado pelos dirigentes desonestos de ONGs. No entanto, essas inovações dependem de implementação material (recursos humanos para concretização das novas diretrizes), o que ainda é algo incerto.

### **3.3 Dos Incentivos Criados pela Lei nº 12.846/2013**

A Lei nº 12.846/2013 dispõe sobre a responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas que agem contra a Administração Pública. Assim, os desincentivos contidos nesta lei se aplicam somente às ONGs e não aos dirigentes.

Existem alguns desincentivos nesta lei que já estavam previstos no ordenamento jurídico quando dos estudos técnicos da CPI<sup>180</sup>, Ipea<sup>181</sup> e IBGE<sup>182</sup>. Por exemplo, a desconsideração da personalidade jurídica, prevista no art. 14 da Lei nº 12.846/2013 já estava prevista no art. 50 do Código Civil; o perdimento de bens de origem ilícita, previsto no art. 19 da Lei nº 12.846/2013, já ocorria por meio da tomada de contas ou ações judiciais de cobrança; a proibição de receber subvenções estatais, previsto no art. 19, inc. IV, da Lei nº 12.846/2013, já está prevista no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa.

---

<sup>180</sup> CONGRESSO NACIONAL(b), op. cit.

<sup>181</sup> IPEA(a), op. cit., IPEA(b), op. cit.

<sup>182</sup> IBGE, op. cit.

Esses desincentivos sempre foram contabilizados nos custos da corrupção, tendo baixo impacto na diminuição dos atos corruptos, como visto nos capítulos anteriores. Em razão disso, a análise nesse item irá se restringir ao impacto trazidos pelos novos desincentivos à improbidade administrativa.

A Lei nº 12.846/2013 está conhecida como Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas ou Lei de *Compliance* no Brasil. A palavra inglesa “*compliance*” significa conformidade. No âmbito da iniciativa privada, mais especificadamente para as empresas, *compliance* significa um conjunto de medidas tendentes a prevenir, detectar e remediar condutas ilícitas, observando-se os princípios da ética e integridade corporativa<sup>183</sup>.

O movimento de *compliance* empresarial iniciou-se com a aplicação rigorosa do *ForeignCorruptPracticesAct* – *FCPA*, de 1977, no Estados Unidos da América, o qual influenciou a Convenção contra a Corrupção da OCDE<sup>184</sup>, da qual o Brasil é signatário. O *compliance* empresarial significa estruturar a organização administrativa de uma empresa, mapear os riscos, instituir políticas contra condutas ilícitas, promover treinamento dos funcionários, e prever instrumentos de monitoramento, auditoria e remediação<sup>185</sup>.

Na esteira da tendência internacional, o Brasil publicou a Lei nº 12.846/2013, no qual em seu artigo art. 7º, inc. VIII, prevê justamente o *compliance* como atenuador de sanções:

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

A Lei nº 12.846/2013 é aplicável ao Terceiro Setor, pois ela não faz distinção entre as pessoas jurídicas. Aliás, percebe-se que o intuito da lei foi ser a mais abrangente possível. No parágrafo único do art. 1º consta que:

Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que

---

<sup>183</sup> MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *Compliance* Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Orgs.). *Temas Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: 2013, p. 192-195.

<sup>184</sup> Ibidem, p. 194-195.

<sup>185</sup> Ibidem, p. 203-205.

tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

Dessa forma, é indubitável que a aplicação da Lei nº 12.846/2013 às ONGs. Suponha que uma ONG, há tempos honesta e administrativamente organizada, já experiente no trato de parcerias com o Estado, venha a empregar um dirigente mal intencionado, que desviou recursos públicos e depois permaneceu em local incerto e não sabido. Nessa situação, será possível que essa ONG sofra uma pena amenizada, caso demonstre que tomou medidas anticorrupção (art. 7º, inc. I, da Lei nº 12.846/2013) ou celebre um acordo de leniência com a Administração Pública (art. 16 e ss. da Lei nº 12.846/2013).

Apesar dessas medidas atenuantes de penalizações, a ONG continuará responsável por ressarcir o erário, na forma do art. 16, §3º da Lei nº 12.846/2013:

Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

(...)

§ 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

Aliás, o TCU tem entendimento sumulado nesse sentido, segundo o qual a “pessoa jurídica de direito privado destinatária de transferências voluntárias de recursos federais feitas com vistas à consecução de uma finalidade pública responde solidariamente com seus administradores pelos danos causados ao erário na aplicação desses recursos” (Súmula nº 286 do TCU).

A Lei nº 12.846/2013 trouxe outros desincentivos para a corrupção nas pessoas jurídicas, quais sejam: i) responsabilização *objetiva* pelo ato lesivo (art. 2º), ii) aplicação de multa (art. 6º, inc. I), iii) publicação da decisão condenatória (art. 6º, inc. II), iv) possibilidade de acordo de leniência (art. 16 e ss.), v) suspensão das atividades (art. 18, inc. II), vi) dissolução compulsória da pessoa jurídica (art. 18, inc. III), vii) proibição de receber empréstimos de instituição financeira públicas, ou controladas pelo poder público (art. 18, inc. IV).

A responsabilização objetiva realmente é uma inovação, que influencia tanto no custo da conduta do dirigente da ONG, quanto na probabilidade de condenação, mormente porque, até a edição da Lei nº 12.846/2013, a responsabilidade das ONGs era subjetiva.



A prestação de contas é regulada pelo art. 71 e ss. da Constituição Federal, pela Lei nº 8.443/92 e pela Instrução Normativa nº 71/2012 do TCU. Analisando-se essas normas, percebe-se não haver especificação pela responsabilização objetiva. Assim, a responsabilidade é pela regência geral da subjetividade. O Tribunal de Contas da União, no Acórdão 67/2003, expressamente estabeleceu a subjetividade da responsabilidade<sup>186</sup>:

49. A responsabilidade dos administradores de recursos públicos, escorada no parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal e no artigo 159 da Lei nº 3.071/16, segue a regra geral da responsabilidade civil. Quer dizer, trata-se de responsabilidade subjetiva. O fato de o ônus de provar a correta aplicação dos recursos caber ao administrador público não faz com que a responsabilidade deixe de ser subjetiva e torne-se objetiva. Esta, vale frisar, é responsabilidade excepcional, a exemplo do que ocorre com os danos causados pelo Estado em sua interação com particulares — art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

50. A responsabilidade subjetiva, vale dizer, possui como um dos seus pressupostos a existência do elemento culpa.

A responsabilidade objetiva é critério que orienta tanto os procedimentos administrativos (art. 6º da Lei nº 12.846/2013) quanto os judiciais (art. 18 e ss. da Lei nº 12.846/2013) e decorre de atos lesivos à Administração Pública, que atentem contra o patrimônio público ou contra os princípios da Administração Pública, devidamente especificados no art. 5º da lei. Dessa forma, a responsabilização objetiva trazida pela Lei nº 12.846/2013 é um avanço na diminuição da corrupção, porque simplifica a condenação de ressarcimento ao erário.

A multa da Lei nº 12.846/2013 também é uma inovação porque não exclui a incidência de multas previstas em outras legislações, como na Lei nº 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU) e a Lei de Improbidade Administrativa e sua principal importância é aumentar a magnitude da pena, a ser sopesada pelo dirigente da ONG.

A publicação da decisão condenatória em meios de comunicação de grande circulação é um importante desincentivo à improbidade administrativa no Terceiro Setor, mesmo para as entidades sem fins lucrativos. A reputação das ONGs é que garante as doações de pessoas físicas e jurídicas. Com efeito, nem só de recursos de convênios vivem as ONGs. Segundo uma pesquisa feita pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGI, com 3.546 ONGs, que

---

<sup>186</sup> No mesmo sentido: Acórdão nº 1310/014-TCU-Plenário.

buscou mapear a utilização de tecnologias da informação por ONGs, também se interessou em pesquisar as fontes de renda das entidades.

Acerca da percepção das fontes de renda, o comitê apurou que 53% das ONGs *declararam* que as doações são a principal fonte de rendadas ONGs, seguido de 45% de mensalidade e anuidades, e 28% de renda de convênios com órgãos municipais e 19% de órgãos federais e estaduais<sup>187</sup>.

Dessa forma, se houver publicidade dos atos de corrupção, é provável que os doadores e associados das ONGs deixem de contribuir, sendo isso um forte desincentivo à corrupção. É claro que essa medida serve para as que ONGs que, pelo menos por um espaço de tempo, funcionaram regularmente, isto é, não foram montadas exclusivamente para desviar recursos públicos.

A suspensão das atividades e a dissolução compulsória da pessoa jurídica são medidas enérgicas, porém vitais para casos graves. Como visto no capítulo 2, a Administração Pública é gigantesca e por vezes não consegue impedir que ONGs desonestas, que já tenham contra si julgamentos de contas reprovadas ou outro motivo impeditivo, consigam celebrar novos convênios. Nesse sentido, a suspensão das atividades e a dissolução compulsória podem até ser promovidas por órgão que não celebrou o convênio (refere-se à Controladoria-Geral da União – art. 8º, §2º, da Lei nº 12.846/2013), facilitando o impedimento dos novos atos corruptos pelas ONGs.

A proibição de receber empréstimos de instituição financeira pública, ou controlada pelo poder público, não se afigura como um desincentivo à corrupção. Basta que a ONG busque recursos em uma instituição financeira privada, que cobre juros semelhantes às das instituições financeiras públicas.

Dessa forma, a recente Lei nº 12.846/2013 contém importantes instrumentos de combate à malversação de recursos públicos pelos dirigentes de ONGs.

---

<sup>187</sup> COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL- CGI. *TIC Organizações sem Fins Lucrativos 2012*. São Paulo: CGI, 2014, p. 101.

### 3.4 Considerações Finais

Do ponto de vista da Teoria da Escolha Racional, são inegáveis os avanços da legislação. Há aumento tanto dos custos da conduta (magnitude da pena + gastos para se realizar a conduta ímproba) quanto da probabilidade da pena. O chamamento público, as restrições administrativas, a obrigatoriedade da fiscalização *in loco*, o estabelecimento de prazo para a Administração Pública analisar as contas apresentadas, a publicidade da condenação administrativa, o incentivo ao *compliance*, a interrupção das atividades, a responsabilização objetiva e o acordo de leniência constituem-se em um conjunto de desincentivos à improbidade administrativa no Terceiro Setor.

Portanto, pode-se concluir que a Administração Pública está agindo como um principal benevolente. De acordo com o modelo do principal-agente, a Administração Pública deve preocupar-se com o sistema que engloba o salário do agente, o sistema de monitoramento e as sanções legais. A Administração Pública não tem ingerência sobre os salários dos empregados das ONGs. Assim, o sistema ótimo, na hipótese, restringe-se à estrutura de monitoramento e às sanções legais pelas condutas ilícitas cometidas pelas ONGs. Para o Terceiro Setor, o monitoramento é realizado pela fiscalização *in loco* e pela análise das contas apresentadas, e a quantidade das sanções legais aumentou, bem como a gravidade das penas. Logo, pode-se dizer que a Administração Pública está atuando como um principal benevolente.

A questão está na concretização material da previsão legislativa. A eventual falta de servidores públicos qualificados e suficientes para fiscalizar a execução do objeto e a veracidade das contas apresentadas pode afigurar-se como incentivo à improbidade administrativa no Terceiro Setor. Nesse ponto, as recentes leis não forneceram elementos materiais para a consecução de seus objetivos. As legislações posteriores à CPI de 2007 descuraram de estabelecer alocações orçamentárias mínimas, ou restrições de realizações de despesas, nos casos de inviabilidade de fiscalização.

A eficácia da responsabilização objetiva e a imposição de multas dependem da eficiência do Estado em promover o ressarcimento ao erário. Já se viu, no capítulo 2, que o

melhor índice de ressarcimento ao erário (14,62%)<sup>188</sup> é muito baixo e que provavelmente a real taxa de recuperação dos créditos oriundos da corrupção é provavelmente mais baixa ainda. Por sua vez, a taxa de condenação definitiva por ato de corrupção é risível, conforme apuraram Alencar e Gico Jr<sup>189</sup>. A mera edição das leis não promove mudanças culturais ou sociais. O mais difícil e complexo é justamente a concretização das alterações legislativas, que dependem majoritariamente do Poder Executivo, das escolhas dos programas, da estruturação material dos órgãos, da seleção das ONGs etc.

Porém, apesar dessas questões, denota-se que o Estado, pelo menos quanto a sua função legislativa, está avançando no combate à malversação de recursos públicos pelo Terceiro Setor, pois está melhorando o sistema de monitoramento e de sanções legais.

Mas ainda resta uma pergunta em aberto: qual o papel o Poder Judiciário no combate à improbidade administrativa no Terceiro Setor? Já se viu que, pelo menos do prisma da teoria da escolha racional, é recomendável a aplicação da LIA ao Terceiro Setor.

---

<sup>188</sup>Informação obtida em um gráfico fornecido pela Advocacia-Geral da União, em atendimento a uma demanda da Lei da Transparência.

<sup>189</sup> ALENCAR, GICO JR, op. cit.

## 4 APLICAÇÃO AUTÔNOMA DA LIA AO TERCEIRO SETOR

O objetivo específico do presente trabalho será abordado no presente capítulo e consiste em verificar a legitimidade passiva autônoma do dirigente de ONG para as ações de improbidade administrativa, isto é, a possibilidade de aplicação da LIA *exclusivamente* em face de dirigentes de ONGs.

Sabe-se que a prova do ato de corrupção é muito difícil, haja vista que dificilmente deixa vestígios e ocorre em conchavos. Assim, o Estado tem que se valer de instrumentos de investigação avançados, como a interceptação telefônica e a delação premiada. Esse quadro também vale para o desvio de recursos e a má-gestão no Terceiro Setor. Se exigir-se que a punição pela malversação de recursos públicos no Terceiro Setor esteja acompanhada da prova de participação de um servidor público de um Ministério, por exemplo, então se pode concluir que a probabilidade de condenação será pequena, criando-se um incentivo à ilicitude. De modo contrário, se não se exigir a participação desse servidor público, então a probabilidade de condenação aumenta, constituindo-se em desincentivo à má-gestão no Terceiro Setor.

É evidente que essa simples constatação, com base na teoria da escolha racional, não é suficiente para condicionar os entendimentos jurisprudenciais sobre o tema. É imprescindível verificar se o ordenamento jurídico e o entendimento jurisprudencial permitem a incidência da LIA, exclusivamente em face de dirigentes de ONGs.

Assim, primeiramente, expor-se-á linhas gerais sobre a configuração do ato de improbidade administrativa. Depois verificar-se-á a posição legislativa e a interpretação doutrinária sobre os sujeitos ativo e passivo do ato de improbidade. Ao fim, apresentar-se-á o resultado da pesquisa jurisprudencial em todos os Tribunais do país, realizando-se uma análise crítica de todo esse contexto.

### 4.1 Do Ato de Improbidade Administrativa

O ato de improbidade administrativa consiste em um sujeito ativo cometer uma conduta descrita nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA em face de um sujeito passivo. É a própria LIA que delimita os conceitos de sujeito ativo e passivo, bem como tipifica as condutas consideradas ímprobas.

No entanto, não basta o mero perfazimento das condutas tipificadas com preenchimento dos pressupostos. É necessária a presença de um elemento subjetivo, qual seja: a desonestidade, a má-fé, o dolo ou, pelo menos, a culpa, em se tratando de prejuízo ao patrimônio público.

Assim, o ato de improbidade administrativa “é aquele em que o agente público pratica ato comissivo ou omissivo com devassidão (imoralidade), por meio de uma conduta consciente e dolosa”<sup>190</sup>, ou seja, é uma “ilegalidade qualificada pela imoralidade, desonestidade, má-fé”<sup>191</sup>. Enfim, “o agente ímprobo sempre se qualificará como violador do princípio da moralidade”<sup>192</sup>. Em razão disso, “é sempre indispensável a presença dos elementos subjetivos dolo ou culpa: sem eles ocorreria a responsabilidade objetiva, não admissível em nosso sistema jurídico”<sup>193</sup>. Esse entendimento é consagrado pela jurisprudência do STJ:

O STJ ostenta entendimento unânime segundo o qual, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. Precedentes: AgRg no AREsp 20.747/SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 23/11/2011; REsp 1.130.198/RR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15/12/2010; EREsp 479.812/SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 27/9/2010; REsp 1.149.427/SC, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 9/9/2010; e EREsp 875.163/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 30/6/2010. ((AgRg no REsp 1237139/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 21/08/2012))

O sujeito ativo da improbidade somente pode ser uma pessoa física, que deve ser um “agente público, servidor ou não” (art. 1º da LIA). Como se verá adiante, não se concebe que uma pessoa jurídica seja um agente público. Apesar disso, ressalta-se que a própria ONG (pessoa jurídica) pode figurar no polo passivo da ação de improbidade, como será melhor explicado no item 4.2. Aliás, além das penas da LIA, lembra-se que a ONG pode sofrer penalidades administrativas e as da nova Lei nº 12.846/2013, que dispõe especificamente

<sup>190</sup> MATTOS(a), op. cit., p. 31.

<sup>191</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. 5. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2011, p. 3.

<sup>192</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 1089.

<sup>193</sup> Ibidem, p. 1099.

sobre a responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas que agem contra a Administração Pública.

Ainda resta anotar as distinções entre os tipos de improbidade administrativa. O art. 9º da LIA descreve os atos de improbidade que causam enriquecimento ilícito e, por isso mesmo, “pressuposto dispensável é o dano ao erário”<sup>194</sup>. Já o art. 10 da LIA exige a ocorrência de dano ao patrimônio das pessoas jurídicas referidas no art. 1º. O art. 11 da LIA protege os “deveres de honestidades, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições”<sup>195</sup>, dispensando-se a prova do enriquecimento ilícito e do dano ao patrimônio das pessoas jurídicas previstas no art. 1º da LIA.

É importante ficar claro que os critérios de distinção entre os atos de improbidade são o enriquecimento sem prejuízo ao erário, enriquecimento com prejuízo ao erário e conduta em desacordo com os princípios da Administração Pública, sem ocasionar enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário.

## **4.2 Sujeito Passivo do Ato de Improbidade Administrativa**

Para os fins deste trabalho, interessa analisar principalmente o sujeito ativo da improbidade que será o sujeito passivo na eventual ação judicial (o réu na ação de improbidade administrativa), isto é, se um dirigente de ONG pode cometer, sem a concorrência de ninguém, um ato de improbidade administrativa.

A definição do conceito de agente público na LIA é derivada do conceito de sujeito passivo do ato de improbidade administrativa. Em outras palavras, “a concepção de agente público não foi construída sob uma perspectiva meramente funcional, *sendo definido o sujeito ativo a partir da identificação do sujeito passivo dos atos de improbidade*” (g.n.)<sup>196</sup>. Portanto, convém primeiro abordar o que a lei estabelece sobre o sujeito passivo do ato de improbidade.

### **4.2.1 Análise Legislativa**

Assim estabelece o art. 1º da LIA:

---

<sup>194</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 1100.

<sup>195</sup> Ibidem, p. 1103.

<sup>196</sup> GARCIA, ALVES, op. cit., p. 314

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, *contra* a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de *entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual*, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados *contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público* bem como daquelas para cuja *criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual*, limitando-se, nestes casos, a *sanção patrimonial* à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Desde logo, é de se perceber que a lei não elegeu a natureza dos recursos (dinheiro público ou privado) como critério do ato de improbidade, mas sim *contra* quem o ato de improbidade é praticado (sujeito passivo). Nessa esteira, da leitura do caput do art. 1º, abstrai-se que são potencialmente sujeitos passivos do ato de improbidade administrativa, previstos no *caput* do art. 1º:

- a. Administração Direta;
- b. Administração Indireta;
- c. Administração Fundacional;
- d. Empresa incorporada ao patrimônio público;
- e. *Entidade* para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual;

Antes de elencar os outros tipos de pessoas jurídicas descritas no *parágrafo único*, destaca-se que, contra estas, o ato de improbidade *somente* ocorrerá se ofender o *patrimônio* das pessoas jurídicas discriminadas, de acordo com a letra da lei:

- f. *Entidade* cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual;
- g. *Entidade* que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público.

É fácil discernir as pessoas jurídicas dos itens “a” a “d”. No entanto, a LIA não define o que são as “entidades” previstas nas hipóteses “e”, “f” e “g”, mas pode-se concluir que



também se tratam de pessoas jurídicas. Mais especificamente pessoas jurídicas *não* pertencentes à Administração Direta, Indireta, Fundacional e que não são empresas incorporadas ao patrimônio público, uma vez que a própria lei fez essa distinção.

Perceba-se que a LIA utilizou dois critérios para diferenciar as entidades do *caput* e do parágrafo único do art. 1º. Um refere-se ao *quantum* que o dinheiro ou o patrimônio público representa no patrimônio ou na receita anual da entidade e o outro consiste no recebimento de subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício. A lei ainda fez a seguinte distinção: se determinada entidade recebeu *mais* de 50% da receita anual ou patrimônio em recursos públicos, será regulada pelo *caput* do art. 1º, mas se recebeu menos de 50% da receita anual ou patrimônio em recursos públicos, ou mesmo se receberem subvenção, benefício, incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, então serão reguladas pelo parágrafo único do art. 1º da LIA.

A diferença entre os diplomas normativos está no tipo de proteção e nas consequências. As entidades incluídas no *caput* gozam de proteção ampla, submetendo os gestores dessas pessoas jurídicas às três condutas configuradoras do ato de improbidade administrativa: enriquecimento ilícito (art. 9º da LIA), causar prejuízo ao erário (art. 10 da LIA) e violação aos princípios da Administração Pública (art. 11 da LIA). Já para as entidades previstas no parágrafo único, a LIA conferiu uma proteção restrita, submetendo os gestores dessas pessoas jurídicas *somente* às condutas que causem prejuízo ao *patrimônio* (art. 10 da LIA), bem como restringiu a sanção patrimonial (multa) à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos. Assim, para as entidades do parágrafo único, se somente houver lesão aos *princípios* da Administração Pública (art. 11), ou enriquecimento ilícito (art. 9º), mas sem dano ao patrimônio dessas pessoas jurídicas, então *não* se aplica a LIA.

Observe-se que, *de lege data*, a LIA permite uma interpretação segundo a qual pode haver punição por malversação de *recursos privados*. Ao fazer uma distinção entre entidades para as quais o Estado contribui com mais ou menos de 50% da receita anual, a lei inevitavelmente está admitindo que essas entidades também recebem recursos privados, os quais também fazem parte do patrimônio das entidades. Nessa esteira, a LIA não impôs que o ato de improbidade administrativa verse sobre o patrimônio ou recursos *públicos*, mas sim que seja praticado *contra as pessoas jurídicas* elencadas no *caput* e no parágrafo único do art. 1º.

Logo, em sendo possível desviar o patrimônio *privado* de uma entidade que receba 50% de sua receita anual em recursos públicos, então, *pela letra da lei*, é possível haver ato de improbidade administrativa que envolva exclusivamente recursos privados. Nessa hipótese, vislumbra-se que será necessário que a instituição tenha recebido dinheiro público, a fim de ser qualificado como “entidade que receba subvenção”, na forma do parágrafo único do art. 1º da LIA. Assim, *uma ONG que nunca recebeu recursos públicos não pode ser considerada sujeito passivo do ato de improbidade administrativa*.

Ressalte-se que não se está defendendo a possibilidade jurídica de haver ato de improbidade administrativa envolvendo exclusivamente bens particulares, mas sim deixando clara a impossibilidade de uma ONG que *nunca* recebeu recursos públicos ser sujeito passivo do ato de improbidade administrativa (salvo na hipótese do art. 3º, que será melhor explicado adiante). A possibilidade jurídica de condenar, nas penas da LIA, aquele dirigente que desvia o patrimônio *privado* de uma ONG que recebe recursos públicos deve ser objeto de outro estudo, porque merece uma abordagem diferente, como a possível justificativa da pretensão de punir o desvio de recursos privados. O presente estudo cinge-se ao desvio dos recursos públicos vertidos para as ONGs e não o desvio dos recursos privados. Nada obstante, é importante tangenciar esse ponto, porque se insere na interpretação do art. 1º da LIA, bem como porque se identificou um julgado sobre desvio de recursos privados da ONG, como se verá no tópico próprio<sup>197</sup>.

Até o presente momento ainda não se disse em qual das hipóteses acima se enquadra a ONG. E esse é um ponto importante, pois um dos critérios de definição do sujeito ativo depende do enquadramento da ONG em uma das pessoas jurídicas previstas no art. 1º da LIA.

Insta saber se uma ONG é uma entidade custeada pelo Poder Público (podendo ser incluída no *caput* do art. 1º) ou uma entidade que recebe subvenção, benefício ou incentivo de órgão público (a ser enquadrada no parágrafo único do art. 1º). Essa pergunta não é de fácil resposta, porque a LIA não conceituou a diferença entre uma entidade criada ou custeada com

---

<sup>197</sup>Sobre esse assunto, Rafael Resende Oliveira entende que “se o ato atingir tão somente os recursos privados das mencionadas entidades, o tema será tratado pelo Direito Privado, sem repercussão no campo da improbidade administrativa”, NEVES, OLIVEIRA, op. cit., p. 33. No mesmo sentido, SIMÃO, Calil. *Improbidade Administrativa*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Jhmizuno, 2014, p. 188; DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Dialética, 2014, p. 34. De todo modo, essa discussão não é objeto do presente trabalho, razão pela qual não se aprofundará nesse ponto.

recursos públicos e uma entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo. Nesse aspecto, pelo menos a subvenção está legalmente conceituada no art. 12 da Lei nº 4.320/64:

Art. 12. A despesa será classificada nas seguintes categorias econômicas:

§ 3º Consideram-se subvenções, para os efeitos desta lei, as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-se como:

I - subvenções sociais, as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa;

II - subvenções econômicas, as que se destinem a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril.

Dessa forma, a princípio, pode-se dizer que os recursos recebidos por uma ONG encaixam-se como subvenções e que, em razão disso, a ONG pode ser qualificada como uma “entidade que recebe subvenção”, possibilitando ser um sujeito passivo do ato de improbidade, *na forma do parágrafo único do art. 1º da LIA*.

No entanto, ainda se pode fazer a seguinte pergunta: uma ONG, que reiteradamente recebe recursos públicos por meio do convênio, poderia ser considerada como entidade *custeada* pelo Poder Público, e assim ser enquadrada no *caput* do art. 1º?

Se a lei faz distinção entre entidade criada ou custeada e entidade que recebe subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, é porque não são a mesma coisa. Por exemplo, caso “subvenção” possa ser considerada como “custeio”, então a lei utilizou de distinções inúteis, o que não faz parte da técnica de interpretação jurídica. Por outro lado, considerar esses institutos como sinônimos geraria uma falência interpretativa, porque a mesma situação geraria consequências diferentes. O parágrafo único é restrito às improbidades contra o *patrimônio* das entidades, bem como estabelece uma restrição da sanção patrimonial. Assim, se uma entidade recebesse uma subvenção/custeio (admitindo-se que são expressões sinônimas), que represente menos de 50% da receita anual, então ela se enquadraria tanto no *caput* quanto no parágrafo único do art. 1º, o que seria um *absurdo*, em razão das consequências distintas desses diplomas. Portanto, para os fins da LIA, conclui-se que subvenção é diferente de custeio. Assim, mesmo que uma entidade tenha 100% da receita anual com subvenções do Estado, ela estará incluída no parágrafo único do art. 1º da LIA e não no *caput* desse artigo.

O fio da meada para esclarecer a distinção entre entidade custeada pelo Poder Público e entidade que recebe subvenção, benefício ou incentivo é dada pela doutrina, razão pela qual se abordará no próximo item.

A conclusão do presente item é que, da análise do art. 1º da LIA, uma ONG pode ser sujeito passivo do ato de improbidade administrativa, enquadrando-se, a princípio, no parágrafo único do art. 1º, como uma entidade que recebe subvenção.

#### 4.2.2 Análise Doutrinária

Parte da doutrina<sup>198</sup> percebe a distinção de tratamento entre as entidades constantes no *caput* do art. 1º e no parágrafo único do mesmo artigo, isto é, somente haverá improbidade administrativa quando o ato praticado contra as entidades previstas no parágrafo único ofender o patrimônio das respectivas entidades. Afora essa questão, somente parte da doutrina<sup>199</sup> sobre improbidade administrativa aborda com profundidade o ponto específico aqui buscado, qual seja: a delimitação do sujeito passivo do ato de improbidade.

Esclarecendo quais são as entidades passíveis de serem sujeitos passivos, afora a Administração Direta e Indireta, Emerson Garcia indica que são os sindicatos, os conselhos de fiscalização profissional, os partidos políticos, os consórcios públicos e o Terceiro Setor, pois essas pessoas jurídicas recebem recursos públicos<sup>200</sup>. Sindicatos e conselhos de fiscalização profissional são destinatárias de tributos (contribuições parafiscais), os partidos políticos recebem dinheiro do Fundo Partidário, o consórcio público recebe dinheiro público por meio contrato e o Terceiro Setor recebe dinheiro público por meio de subvenções<sup>201</sup>.

---

<sup>198</sup> GARCIA, op. cit., p. 286; CARVALHO FILHO, op. cit., p. 1092; NEVES, OLIVEIRA, op. cit., p. 32-33; FAZZIO JUNIOR, op. cit., p. 38-39.

<sup>199</sup> GARCIA, op. cit.; NEVES, OLIVEIRA, op. cit.; PAZZAGLINI FILHO, op. cit.; FAZZIO JUNIOR, op. cit.; SIMÃO, op. cit.; DECOMAIN, op. cit. Não abordam esse tema: TOLOSA FILHO, Benedicto de. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009; MATTOS(a), op. cit.; MASCARENHAS, Paulo. *Improbidade Administrativa e Crime de Responsabilidade de Prefeito*. 3. ed. São Paulo: Ed. RCN, 2004; FIGUEIREDO, Isabela Giglio. *Improbidade Administrativa: Dolo e Culpa*. São Paulo: Ed. QuartierLatin, 2010.

<sup>200</sup> GARCIA, op. cit., p. 285-314.

<sup>201</sup> GARCIA, op. cit., p. 291-314; NEVES, OLIVEIRA, op. cit., p. 296-299. Calil Simão somente cita as ONGs, os sindicatos e os partidos políticos, SIMÃO, op. cit., p. 200-210.

Dessa forma, Emerson Garcia concorda que ONGs podem ser sujeitos passivos do ato de improbidade. Porém, ele trata as entidades custeadas e as entidades que recebem subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, como se fossem iguais. Veja-se:

Em relação à subsunção da conduta à tipologia dos atos de improbidade, vale reiterar, aqui o que foi dito no item anterior, estando os agentes (dirigentes, empregados, etc) das organizações sociais sujeitos à seguinte disciplina:

Recebendo a organização social benefício, incentivo ou subvenção inferior a cinquenta por cento de sua receita anual, será aplicado o disposto no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.492/92, somente estando o agente sujeito à tipologia dos preceitos em que seja divisado o dano ao patrimônio público (dano imediato – art. 10 – ou enriquecimento ilícito com dano correlato ao patrimônio público – art. 9º), isto porque aquela norma é dotada de menor amplitude que do caput. Para maior desenvolvimento do tema, Vide [sic] o primeiro tópico deste capítulo

Recebendo a organização social subvenções (rectis: transferências do erário destinadas a cobrir suas despesas de custeio – art. 12, §3º, da Lei n. 4.320/1964), que representem mais de cinquenta por cento da sua receita anual, será aplicado o art. 1º, caput, da Lei de Improbidade, estando o agente sujeito à tipologia legal, ainda que não seja divisada a ocorrência de dano (g.n.)<sup>202</sup>

Pelas razões mencionadas acima, não se concorda com Emerson Garcia nesse ponto, pois uma equiparação entre entidade custeada e entidade subvencionada, por exemplo, geraria uma falência interpretativa.

De toda forma, analisando-se esse contexto, pode-se deduzir uma linha de raciocínio que estabeleça uma diferença razoável e coerente entre entidades criadas ou custeadas pelo Poder Público e entidades que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício.

Com relação às entidades que recebem subvenção, benefício, incentivo fiscal ou creditício, já se viu que, pelo menos, a subvenção tem conceituação legal na Lei nº 4.320/64. Já os “benefícios ou incentivos, por sua vez, podem ser fiscais (exemplo: imunidades ou isenções tributárias) ou creditícios (exemplo: financiamentos com juros reduzidos)<sup>203</sup>”. Enfim, “as subvenções, os benefícios e os incentivos inserem-se no conceito de fomento público, que significa o incentivo, por parte da Administração, ao desenvolvimento de atividades privadas de relevância pública”<sup>204</sup>.

---

<sup>202</sup> GARCIA, ALVES, op. cit., p. 305.

<sup>203</sup> NEVES, OLIVEIRA, op. cit., p. 31.

<sup>204</sup> Ibidem, p. 30.

Contudo, devido ao caráter genérico, as subvenções, benefícios ou incentivos podem ser aplicadas à quase totalidade das pessoas jurídicas. Com efeito, nesse ponto, a lei pecou pela abrangência. Qualquer pessoa jurídica beneficiada com uma desoneração fiscal, por exemplo, poderia ser vítima de um ato de improbidade.

Essa desarrazoada abrangência é limitada, na visão de Garcia, por meio da especificidade, isto é, não pode ser uma criação, custeio ou subvenção concedida em caráter genérico. Em outras palavras, o “percebimento destes sempre deverá estar associado à consecução de *determinado fim* de interesse público, cuja *individualização* deve resultar clara pelas circunstâncias de sua concessão”<sup>205</sup> (g.n.). Um exemplo de tal especificidade seria o auxílio financeiro prestado pelo Banco Central do Brasil às instituições financeiras prestes à liquidação<sup>206</sup>.

Com efeito, caso não se promova essa delimitação na abrangência da letra da lei, “todas as microempresas do País, por isentas de imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, seriam sujeitos passivos imediatos dos atos de improbidade, o mesmo ocorrendo com as pessoas físicas que percebem rendimentos no espectro da faixa de isenção”<sup>207</sup>. A solução dada por Emerson Garcia realmente condiz com os fins da norma, que busca proteger o patrimônio e a boa gestão da coisa pública, não interessando punir microempresários beneficiados com desoneração fiscal, por exemplo.

Devido a essa individualização necessária das subvenções, benefícios ou incentivos, é razoável admitir que, a princípio, elas são efetuadas de forma *discricionária* pela Administração Pública. Vale dizer, a Administração Pública não é obrigada a celebrar convênios com ONGs ou conceder benefícios creditícios para instituições financeiras em dificuldades.

Nesse sentido, mesmo com essa delimitação na abrangência do conceito de subvenções, as ONGs sem dúvida podem ser vítimas de um ato de improbidade administrativa, uma vez que recebem subvenção do Poder Público, por meio de um convênio específico, para concretização de uma ação governamental individualiza.

---

<sup>205</sup> GARCIA, ALVES, op. cit., p. 290. No mesmo sentido, NEVES, OLIVEIRA, op. cit., p. 31-32.

<sup>206</sup> GARCIA, ALVES, op. cit., p. 289-290.

<sup>207</sup> Ibidem, p. 290.

Quanto às entidades criadas ou custeadas pelo Poder Público, estas seriam aquelas que recebem dinheiro público de forma obrigatória. Aqui se incluem os partidos políticos, porque recebem recursos do Fundo Partidário, os serviços sociais do Sistema S, os sindicatos e os conselhos de fiscalização profissional, porque são custeados com recursos públicos oriundos das contribuições parafiscais. Anote-se que os recursos oriundos das contribuições parafiscais *pertencem* aos sindicatos, conselhos de fiscalização profissional e ao Sistema S. A parafiscalidade significa, no caso, que a União institui o tributo (art. 149 da CF), mas é outra pessoa jurídica que recolhe<sup>208</sup>. Dessa forma, o “que faz aqui a União é disciplinar por lei a atuação dessas entidades, conferindo-lhes, para que tenham suporte financeiro, a capacidade de arrecadar contribuições que a lei institui”<sup>209</sup>.

Nesses casos, o Poder Público não pode escolher se irá repassar, ou não, recursos do Fundo Partidário para os partidos políticos<sup>210</sup> ou as contribuições parafiscais para o Sistema S, pois isso é uma obrigação. Tanto é que o TCU determina que os recursos malversados por um presidente de conselho de fiscalização sejam ressarcidos ao próprio conselho, apesar de ser a União quem institui o tributo<sup>211</sup>. No entanto, isso não ocorre para as ONGs. *Quando estas entidades desviam recursos públicos, é o Estado quem deve ser ressarcido e não a própria entidade.*

Diante da inércia doutrinária sobre o assunto, essa solução (distinção de acordo com a discricionariedade ou obrigatoriedade de repasse de recursos públicos) afigura-se como razoável para diferenciar as entidades que são custeadas das entidades que recebem subvenção, benefício ou incentivo, porque se adéqua às demais características das disposições normativas quanto à obrigatoriedade, ou não, de repasse de recursos públicos.

Apesar de toda essa discussão sobre a distinção entre as entidades, a qual se entender necessária, o fato é que existem doutrinadores que não perpassarem por essas questões, mas acabaram concluindo que ONGs podem ser sujeitos passivos do ato de improbidade. Nesse sentido, Di Pietro:

Pela norma do parágrafo único, são ainda incluídas outras entidades que não compõem a Administração Pública, direta ou indireta, nem podem ser

---

<sup>208</sup> CARRANZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 29. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013, p. 655-656.

<sup>209</sup> AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 79.

<sup>210</sup> Cf. Art. 41 e 41-A da Lei nº 9.096/1995.

<sup>211</sup> Vide Acórdão nº 4385/2009-TCU-2ª Câmara.

enquadradas como entidades públicas de qualquer natureza. São entidades privadas em relação às quais o Estado exerce a função de fomento, por meio de incentivos, subvenções, incentivos fiscais ou creditícios, ou mesmo contribuição para a criação ou custeio. Podem ser incluídas nessas modalidades as entidades do tipo de serviços sociais autônomos (Sesi, Senai, Sesc e outras semelhantes), as chamadas organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público e qualquer outro tipo de entidade criada ou mantidas com recursos públicos<sup>212</sup>.

Em forma similar, Carvalho Filho entende que ONGs podem ser sujeitos passivos de ato de improbidade administrativa. No entanto, esse autor também parece confundir entidades custeadas com entidades subvencionadas:

Organizações não governamentais e as demais entidades do terceiro setor com regulação própria – as organizações sociais (Lei nº 9.637/1998) e as organizações da sociedade civil de interesse público (Lei nº 9.790/1999) – poderão, ou não, se sujeitos passivos de improbidade, dependendo de eventuais benefícios que lhes sejam dispensados pelo Poder Público. E, caso sejam destinatários de tais benefícios, serão enquadrados no art. 1º, *caput*, ou no parágrafo único, conforme a extensão das vantagens<sup>213</sup>.

Portanto, do ponto de vista doutrinário, as ONGs são passíveis de serem vítimas do ato de improbidade administrativa.

### 4.3 Sujeito Ativo do Ato de Improbidade

Como visto acima, o art. 1º, *caput*, da LIA, condiciona que o sujeito ativo do ato de improbidade administrativa seja um agente público. Assim, para os fins da presente dissertação, uma vez delimitadas as pessoas jurídicas que podem ser sujeitos passivos do ato de improbidade administrativa, agora resta saber se o dirigente de ONG pode ser considerado como agente público para os fins da LIA.

Caso ele não seja considerado como agente público, então não poderá lhe ser aplicada a LIA, uma vez que o art. 1º diz que o ato de improbidade administrativa deve ser praticado por um agente público. No entanto, se o dirigente de ONG puder ser enquadrado como agente público, então a resposta para o objetivo específico do presente estudo será positiva.

---

<sup>212</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2014, p. 91-911. Da mesma forma, admitindo que ONGs podem ser sujeitos passivos do ato de improbidade administrativa: PAZZAGILINI FILHO, op. cit., p. 7-8; DECOMAIN, op. cit., p. 34-35; FAZZIO JUNIOR, op. cit., p. 39-42; SIMÃO, op. cit., p. 201-204.

<sup>213</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 1093.



Antes de aprofundar no tema, é preciso anotar algumas noções gerais sobre o conceito de agente público.

Por agente público, Carvalho Filho leciona que “significa o conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem uma função pública como prepostos do Estado”<sup>214</sup>. Gasparini conceitua agente público como “todas as pessoas *físicas* que sob qualquer liame jurídico e algumas vezes sem ele prestam serviços à Administração Pública ou realizam atividades que estão sob sua responsabilidade” (g.n.)<sup>215</sup>. Conforme Di Pietro, “agente público é toda pessoa *física* que presta serviços ao Estado e às pessoas da Administração Indireta” (g.n.)<sup>216</sup>. Note-se que o agente público deve ser uma pessoa física, não podendo ser uma pessoa jurídica.

Ao classificarem os tipos de agente público, a doutrina majoritária faz uma classificação que pode ser resumida da seguinte forma: i) agentes políticos: assumem função eletiva e, por isso, transitória; ii) servidores públicos, com regime estatutário, celetista ou militar, incluídos os concursados e os ocupantes de cargos *ad nutum*; iii) agentes particulares colaboradores: particulares que assumem uma função pública. Geralmente, essa função é transitória e não remunerada, como os jurados, mesários e comissários de menores, mas pode ser remunerada, como os tabeliães; iv) gestores de negócios públicos: aqueles que, em situações emergenciais, de calamidade pública, assumem uma função pública<sup>217</sup>.

Apesar dos maiores administrativistas brasileiros concordarem com tal conceituação e classificação, a amplitude do conceito de agente público pode sofrer alterações, a depender de previsão legislativa. Aliás, as previsões legais sobre os contornos do agente público não são coincidentes. Como bem anotado por Odete Medauar, até a própria Constituição Federal emprega os termos “agente público”, “cargo público” e “função pública” de modo um pouco distintos<sup>218</sup>. Nessa esteira, o ordenamento jurídico estabelece diferentes conceitos para diferentes âmbitos de incidência. Por exemplo, o art. 327 do Código Penal estabelece o que é agente público para fins penais e o art. 2º da LIA estabelece o que é agente público para fins de improbidade administrativa.

---

<sup>214</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 593

<sup>215</sup> GASPARINI, op. cit., p. 191.

<sup>216</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 596.

<sup>217</sup> Cf. CARVALHO FILHO, op. cit., p. 594-597; GASPARINI, op. cit., p. 191-192; DI PIETRO, op. cit., p. 604. Nessas doutrinas existem pequenas diferenças terminológicas, mas que fundamentalmente se referem ao mesmo objeto, daí porque não se entrará nessas filigranas.

<sup>218</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 304-305.

Portanto, o que interessa ao presente trabalho é definir os contornos de agente público para os fins da LIA.

#### 4.3.1. Análise Legislativa

A definição de agente público na LIA vem descrita no art. 2º da LIA:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Analisando-se esse artigo, percebe-se que é agente público, para os fins da LIA, aquele que exerce um mandato, cargo, emprego ou função *nas entidades mencionadas no art. 1º*, que são:

- a. Administração Direta;
- b. Administração Indireta;
- c. Administração Fundacional;
- d. Empresa incorporada ao patrimônio público;
- e. Entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual;
- f. Entidade cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual;
- g. Entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público.

Repise-se que a ONG pode se enquadrar como uma entidade do item “g”, *desde que receba recursos públicos* para o exercício de sua finalidade, pois o dinheiro público repassado por meio dos convênios pode ser classificado como “subvenção”.

Ainda é necessário que o mandato, cargo, emprego ou função, a ser exercido nas entidades do art. 1º, o seja feito por meio de eleição, nomeação, designação, *contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo*, ainda que transitoriamente ou sem remuneração. Dessa forma, a lei buscou ser a mais ampla possível. Difícilmente se consegue pensar em uma relação entre uma pessoa física e uma pessoa jurídica que não esteja

enquadrada nessas formas de provimento. Especificamente quanto ao objeto do estudo, a relação entre dirigente de ONG e a própria ONG pode ser de contratação, eleição (dentre os associados da ONG) ou outro tipo de vínculo.

Logo, para os fins da LIA, o dirigente de ONG é agente público. Assim, respondendo-se à pergunta proposta no presente trabalho, os dirigentes de ONGs têm legitimidade passiva autônoma para a ação de improbidade administrativa, porquanto são agentes públicos, na forma da LIA.

Ponto muito importante para se questionar é se o sujeito ativo somente pode cometer o ato de improbidade administrativa contra o sujeito passivo ao qual ele não é vinculado, isto é, por exemplo, um dirigente de ONG pode cometer ato de improbidade administrativa contra um Ministério (ou vice-versa) ou somente contra a própria ONG? Essa pergunta é pertinente porque, caso se entenda que o dirigente de ONG somente pode cometer ato de improbidade administrativa contra a própria ONG, e em sendo a ONG uma entidade que recebe subvenção, então o dirigente de ONG somente poderia praticar ato de improbidade administrativa contra o *patrimônio* dessa ONG (art. 10 da LIA), na forma do parágrafo único do art. 1º da LIA.

Para os fins de diminuição da má-gestão de recursos públicos pelo Terceiro Setor, do ponto de vista da Teoria da Escolha Racional, a hipótese interpretativa acima incentiva a má-gestão no Terceiro Setor, pois exclui a punição pelas as condutas previstas no art. 9º, que não exigem dano contra o patrimônio, mas somente o enriquecimento ilícito, e no art. 11, que também não exige dano contra o patrimônio, mas somente uma conduta em desacordo com os princípios da Administração Pública.

Por exemplo, suponha que a Administração Pública forneça um caminhão betoneira, por meio de convênio, para uma ONG realizar obras sociais consistentes em construção de cisternas. Nesse caso, se o dirigente da ONG utilizar o caminhão betoneira para uma obra particular, em um final de semana em que as obras conveniadas são paralisadas, e se entender que o dirigente de ONG somente pode praticar ato de improbidade contra a própria ONG e, nesse caso, somente contra o *patrimônio* da ONG, então tal dirigente não poderia ser

condenado nas penas da LIA, uma vez que ele somente se enriqueceu ilicitamente (art. 9º, inc. IV da LIA<sup>219</sup>).

Outro exemplo refere-se à falta de prestação de contas por parte do dirigente de ONG, conduta que está descrita no art. 11, inc. VI, da LIA. No capítulo 2 se abordou essa questão, que agora convém lembrar.

A CPI de 2007 apurou que, no período de 1999 a 2006, havia 1.162 (ou 2,7%) convênios em situação de inadimplência efetiva<sup>220</sup>. Vale dizer que a Administração Pública analisou efetivamente o caso e constatou a inadimplência em 2,7% dos convênios (por falta de prestação de contas ou reprovação das contas apresentadas). Em virtude do baixo percentual, poderia se dizer que a ausência de prestação de contas não chega a constituir em uma situação grave. No entanto, a própria CPI constatou a fragilidade dos dados inseridos no Siafi (de onde se extraiu tal informação):

Entretanto, apesar do baixo percentual de convênios nas situações de inadimplência, os dados indicam a existência de saldos significativos nas contas de valores impugnados, valores a comprovar, inadimplência efetiva e inadimplência suspensa. Essas contas indicam que os responsáveis pelos convênios, após os prazos estabelecidos nos termos de convênios ou contratos de repasse, não apresentaram prestações de contas ou tiveram suas contas rejeitadas pelos órgãos concedentes.

Considerando-se o período de 1999 a 2006, o montante de recursos que não foram comprovados, ou tiveram suas prestações de contas reprovadas, chega a R\$ 5,64 bilhões, representado 23,01% de todos os recursos transferidos para as entidades privadas sem fins lucrativos, conforme tabela abaixo.

Esses dados denotam que o Siafi permite que os convenientes nas situações elencadas anteriormente permaneçam adimplentes, ou seja, aptos a receber novos recursos oriundos de convênios e contratos de repasse.

(...)

Existe, ainda, uma situação que pode ser chamada de ‘adimplência irregular’, não criticada pelo sistema SIAFI. Nesse caso, apesar de o prazo de prestação de contas do convênio ter expirado, o conveniente não se manifestou e o órgão concedente não adotou providências para impedi-lo de receber novas transferências voluntárias (g.n.)<sup>221</sup>.

Nesse cenário, apurou-se que, na verdade, 40,9% (R\$ 9,58 bilhões) dos recursos transferidos pela União às ONGs “não teve prestações de contas analisadas, seja por falta de

<sup>219</sup> Art. 9º, inc. IV, da LIA - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

<sup>220</sup> CONGRESSO NACIONAL(b), op. cit., p. 202.

<sup>221</sup> Ibidem, p. 202-204.

encaminhamento das contas por parte dos convenientes, seja pela demora na análise por parte dos órgãos concedentes”<sup>222</sup>. Em sentido semelhante, o TCU apurou que, no ano de 2006, a Administração Pública Federal ainda não havia analisado cerca de R\$ 11 bilhões, por falta de prestação de contas ou por falta de análise das contas apresentadas<sup>223</sup>.

Esses dados incluem tanto a ausência de prestação de contas quanto a ausência de apreciação das contas apresentadas. Da análise dos relatórios técnicos compulsados no presente trabalho<sup>224</sup>, não se observou nenhuma estatística relativa somente à ausência de prestação de contas por parte de ONGs. De toda forma, da magnitude dos valores, pode-se vislumbrar a gravidade da situação.

Observe-se que a utilização do caminhão betoneira na obra particular ou falta de prestação de contas não atingem o *patrimônio* da ONG. De forma indireta, a ONG pode até ser vítima da desonestidade de seu dirigente, em razão da diminuição de doações, se descoberta a desonestidade de seu dirigente. No entanto, não se poderia condenar o dirigente com base no art. 9º ou 11 da LIA tendo-se como sujeito passivo a própria ONG.

Por outro lado, a Administração Pública que forneceu o caminhão betoneira ou que não recebeu a prestação de contas foi *vítima da conduta desonesta do dirigente* da ONG. No exemplo, o caminhão betoneira foi adquirido com recursos públicos, mas acabou sendo utilizado em uma obra particular, sem qualquer ciência ou autorização da Administração Pública. De forma mais evidente percebe-se o quanto a Administração Pública é prejudicada por não saber a real aplicação dos recursos públicos que foram vertidos à ONG, no caso da ausência de prestação de contas.

A questão está em saber a possibilidade de um dirigente de ONG cometer ato de improbidade administrativa em face da Administração Pública Direta. E a resposta é positiva, em razão da redação do próprio art. 1º. Confira-se novamente:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por *qualquer* agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra

<sup>222</sup> CONGRESSO NACIONAL(b), op. cit., p. 204.

<sup>223</sup> Acórdão nº 788/2006 – TCU – Plenário.

<sup>224</sup> CONGRESSO NACIONAL(a), op. cit.; CONGRESSO NACIONAL(b), op. cit.; IPEA(a), op. cit.; IPEA(b), op. cit.; IPEA(c), op. cit.; IPEA(d), op. cit.; TCU(a), op. cit.; TCU(b), op. cit.

com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Esse artigo não exige que o sujeito ativo seja o mesmo daquele vinculado ao sujeito passivo, mas claramente estabelece que *qualquer* agente público pode praticar ato de improbidade contra as pessoas jurídicas do art. 1º, dentre as quais está a Administração Pública. Portanto, a vinculação a uma das entidades previstas no *caput* e no parágrafo único do art. 1º é suficiente para qualificar uma pessoa como agente público, para os fins da LIA, sendo que esta pessoa será considerada sujeito ativo de improbidade administrativa se praticar conduta tipificada nos artigos 9º, 10 ou 11 da LIA contra *qualquer* das pessoas jurídicas prescritas no *caput* ou no parágrafo único do art. 1º da LIA.

Para finalizar o item, resta analisar o art. 3º, que consiste em uma norma de extensão, isto é, determina que as penas da LIA podem ser aplicadas para aqueles que concorrem ou se beneficiarem da conduta ímproba *de um agente público*:

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Esse artigo pode ser interpretado em 4 partes, a saber:

- i) mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade;
- ii) sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade de outro agente público;
- iii) mesmo não sendo agente público, se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta do ato de improbidade;
- iv) sendo agente público, se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta do ato de improbidade.

Não existe induzimento ou concorrência praticados em um contexto de uma única pessoa. Assim, as interpretações acima necessariamente exigem a participação de uma outra pessoa, a qual necessariamente deve ser agente público, pois o induzimento ou concorrência somente podem ocorrer em um *ato de improbidade administrativa*, que somente pode ser *praticado por um agente público, na forma do art. 2º da LIA*. Se Fulano participou de um ato de improbidade, a ele será aplicada a LIA, independentemente se Fulano é agente público ou não. É o caso, por exemplo, de um parente desempregado que auxilia o gestor público a

cometer o ato de improbidade administrativa. O parente será submetido às penas da LIA, porque participou do ato de improbidade promovido pelo agente público.

Da leitura do art. 3º, observa-se haver espaço para condenação de pessoa jurídica nas penas da LIA, uma vez que esta pode concorrer ou se beneficiar da conduta ímproba de um agente público. Por exemplo, a pessoa jurídica pode integrar ao seu patrimônio os recursos públicos desviados. Nesse caso, a expressão “no que couber” do art. 3º faz uma conformação interpretativa, no sentido de excluir as penas incompatíveis com a pessoa jurídica, como a perda da função da pública e a suspensão dos direitos políticos.

Do exposto, abstrai-se que, do ponto de vista da LIA, o dirigente de ONG é sujeito ativo do ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 1º da LIA. Por outro lado, a ONG em si somente também pode ser responsabilizada, na forma do art. 3º da LIA, se houver comprovação da concorrência ou benefício decorrente de um ato de improbidade administrativa praticado por um agente público.

#### 4.3.2 Análise Doutrinária

Parte significativa da doutrina<sup>225</sup> compulsada não tece maiores considerações sobre o sujeito ativo do ato de improbidade. Sobre esse ponto específico, mais uma vez, Garcia *et al.* chegam às mesmas conclusões expostas no item acima, apesar de não fazerem uma digressão sobre as dificuldades interpretativas existentes nos arts. 1º e 2º da LIA, ou seja, os doutrinadores admitem que dirigentes das entidades (ou mesmo empregados) das entidades criadas ou custeadas, ou ainda que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, podem praticar ato de improbidade.

Para Garcia, “estando os sindicatos enquadrados no disposto no art. 1º da Lei de Improbidade, conclui-se que os seus dirigentes [...] são sujeito ativos em potencial dos atos de improbidade sempre que sua conduta se subsuma a tipologia legal”<sup>226</sup>. De forma similar, ele entende que “os conselhos de fiscalização profissional podem ser sujeitos passivos dos atos de

---

<sup>225</sup> FILHO, op. cit.; OLIVEIRA, op. cit.; MATTOS(a), op. cit.; MASCARENHAS, op. cit.; FIGUEIREDO, op. cit.. Sobre esse ponto, Waldo Fazzio Júnior não faz uma abordagem específica, FAZZIO JUNIOR, op. cit.

<sup>226</sup> GARCIA, ALVES, op. cit., p. 292-293.

improbidade, o que, por força do art. 2º da Lei n. 8.429/92, permite sejam enquadrados como sujeitos ativos todos aqueles que mantenham algum tipo de vínculo com tais entidades”<sup>227</sup>.

Especificamente quanto às ONGs, Garcia também entende pela aplicação da LIA a seus dirigentes, como visto no item acima. Segundo o autor:

[...] coexistem, lado a lado, estando sujeitos às sanções previstas na Lei n. 8.429/92, os agentes que exerçam atividade junto à administração direta ou indireta (perspectiva funcional), e aqueles que não possuam qualquer vínculo com o Poder Público, exercendo atividade eminentemente privada junto a entidades que, de qualquer modo, recebam numerário de origem pública (perspectiva patrimonial). Como se vê, trata-se de conceito muito mais amplo que o utilizado pelo art. 327 do Código Penal<sup>228</sup>.

De maneira igual, Carvalho Filho admite que “um dirigente de entidade privada subvencionada pelo setor público pode ser sujeito ativo do ato de improbidade se praticar um dos atos relacionados na lei”<sup>229</sup>. Assim, a doutrina admite que um dirigente de ONG pode ser sujeito ativo do ato de improbidade.

Por outro lado, quanto à interpretação do art. 3º, a doutrina denomina o concorrente ou o beneficiário do ato de improbidade como “terceiro”. Parte da doutrina denomina esse terceiro como sujeito ativo impróprio, isto é, enquanto o sujeito ativo próprio é o agente público que pratica o ato de improbidade, o sujeito passivo impróprio é aquele que concorre ou se beneficia da prática do ato de improbidade pelo sujeito ativo próprio<sup>230</sup>.

A doutrina também reconhece a possibilidade de a própria ONG ser responsabilizada pelo ato de improbidade, desde seja na forma do art. 3º da LIA, isto é, como sujeito passivo impróprio. Nesse sentido, Emerson Garcia:

Também as pessoas jurídicas poderão figurar como terceiro na prática dos atos de improbidade, o que será normalmente verificado com a incorporação ao seu patrimônio dos bens públicos desviados pelo ímprobo. Contrariamente ao que ocorre com o agente público, sujeito ativo dos atos de improbidade e necessariamente uma pessoa física (...) <sup>231</sup>

<sup>227</sup> GARCIA, ALVES, op. cit., p. 296.

<sup>228</sup> Ibidem, p. 315.

<sup>229</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 1094. No mesmo sentido, PAZZAGILINI FILHO, op. cit., p. 11; DECOMAIN, op. cit., p. 34-35. Calil Simão deixa a entender que admite que dirigentes de ONGs, quando malversam recursos públicos, são equiparados a agentes públicos, SIMÃO, op. cit., p. 188-189.

<sup>230</sup> Fazem essa distinção entre sujeito passivo próprio e impróprio: SIMÃO, op. cit., p. 193-194; FAZZIO JUNIOR, op. cit., p. 63-64.

<sup>231</sup> GARCIA, ALVES, op. cit., p. 340-341. Da mesma forma, MATTOS(b), Mauro Roberto Gomes de. *Inquérito civil e Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, p. 404-405;



Repise-se que essa questão (possibilidade de pessoa jurídica responder pelo ato de improbidade) é condicionada à ocorrência de um ato de improbidade administrativa *praticado por um agente público*. Assim, recai-se justamente no objetivo específico do presente trabalho, isto é, a responsabilização da ONG depende de se considerar o dirigente da ONG como um agente público.

No próximo item se verá o entendimento jurisprudencial acerca da legitimidade passiva autônoma do dirigente ONG. No entanto, a pesquisa jurisprudencial não se ateve à possibilidade de uma pessoa jurídica poder ser responsabilizada pelo ato de improbidade, na forma do art. 3º da LIA, porque sobre esse ponto não há controvérsia suficiente para integrar o objeto da pesquisa. Já está pacificado, no âmbito do STJ, o entendimento pela viabilidade de uma pessoa jurídica poder sofrer as penas da LIA, desde que se beneficie da conduta do agente público. Veja-se:

O art. 3º da Lei 8.429/1992, tido por violado, é claro ao estender a sua aplicação aos particulares que se beneficiem do ato de improbidade, *in verbis*:

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta

O sujeito particular submetido à lei que tutela a probidade administrativa, por sua vez, pode ser pessoa física ou jurídica. Com relação a esta última somente se afiguram incompatíveis as sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos.

Em tese, portanto, eventual condenação por improbidade administrativa sujeita as pessoas jurídicas ao ressarcimento integral do dano, à perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ao pagamento de multa civil e à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, nos termos e limites do art. 12 da LIA. (REsp 1122177/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 27/04/2011)<sup>232</sup>

Portanto, a ONG pode ser responsabilizada pelo ato de improbidade, se houver demonstração que ela concorreu ou se beneficiou da conduta ímproba do dirigente desonesto,

---

NEIVA, José Antonio Lisboa. *Improbidade Administrativa*. 5ª ed. Niterói: Ed. Impetus, 2013, p. 53-57; FAZZIO JUNIOR, op. cit., p.68-70. Em sentido contrário, CARVALHO FILHO, op. cit., p. 1098-1099.

<sup>232</sup> No mesmo sentido, REsp 970.393/CE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 29/06/2012, REsp 970.393/CE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 29/06/2012, REsp 1122177/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 27/04/2011, REsp 1038762/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 31/08/2009.

somente não se aplicando as penas de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, por incompatibilidade.

Em conclusão, pelo prisma doutrinário, há quem sustente ser possível a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa ao dirigente de ONG, de forma exclusiva. Durante nossa pesquisa não encontramos no âmbito doutrinário quem sustentasse o contrário.

#### **4.4 Entendimento Jurisprudencial**

Até aqui se analisou a redação da LIA e o entendimento doutrinário sobre sujeito ativo e passivo do ato de improbidade administrativa. Viu-se que pelo menos do ponto de vista literal, a redação da LIA é ampla o suficiente para permitir a consideração dos dirigentes de ONGs como agentes públicos, que podem cometer atos de improbidade administrativa contra qualquer pessoa jurídica descrita no *caput* e parágrafo único do art. 1º da LIA. Nesse sentido, se uma ONG receber qualquer forma de subvenção ou subsídio público, ao menos em tese, seus administradores poderiam vir a ser responsabilizados por improbidade administrativa caso malversassem os recursos da instituição.

Resta saber, portanto, se a jurisprudência concorda com tal ponto de vista, isto é, se é juridicamente possível aplicar a LIA em face de dirigente de ONG que recebe recursos públicos e que pratica alguma das condutas descritas nos arts. 9º, 10 e 11 da LIA, sem a concorrência de agente público diverso dele. Tendo em vista que se buscou saber o entendimento do Poder Judiciário como um todo, a frequência de acórdãos sobre o assunto e os motivos das decisões, efetuou-se uma pesquisa jurisprudencial em todos os Tribunais do país. Primeiramente irá se esclarecer a metodologia utilizada.

##### **4.4.1 Metodologia**

Antes de iniciar o presente trabalho, fez-se uma pesquisa prévia e observou-se que os Tribunais faziam uma distinção entre particulares, particulares equiparados a agentes públicos e agentes públicos, para determinadas funções (dirigente de ONG, médicos, notários, etc.). Sabe-se que, pela letra da LIA, não existe um particular equiparado a agente público, mas sim um agente público para os fins da lei. Porém, apesar dessa pequena atecnia, na *linguagem da jurisprudência*, uma ONG ou um notário público é classificado como particular (ou terceiro-

particular), ou particular equiparado a agente público. De forma geral, quando a jurisprudência se refere a agente público, ela quer dizer o agente público *stricto sensu*, isto é, o concursado, o comissionado, o empregado público, o político ou o militar. Em razão dessa linguagem, foi preciso buscar precedentes relacionados à aplicação da LIA exclusivamente aos particulares, particulares equiparados a agentes públicos e agentes públicos.

Não se focou somente na aplicação da LIA sobre as ONGs a fim de se possibilitar um estudo comparativo, mormente sobre os motivos que levam os Tribunais a equiparar, na linguagem da jurisprudência, os particulares aos agentes públicos.

Assim, a pesquisa jurisprudencial teve três objetivos. Identificar a quantidade de julgados sobre a aplicação da LIA aos particulares. O segundo objetivo foi identificar uma possível postura jurisprudencial majoritária, identificar padrões, e até entendimentos minoritários, envolvendo ou não ONGs. O terceiro objetivo foi arrecadar um número suficiente de casos distintos, a fim de viabilizar um estudo comparativo, tanto entre os Tribunais, quanto entre os motivos das decisões.

Dessa forma, pesquisou-se em todos os Tribunais do país, com os mesmos padrões de argumentos, visando-se coletar o máximo de julgados interessantes possível. A pesquisa jurisprudencial foi realizada no mês de outubro de 2014. Ao se iniciar a pesquisa, logo se percebeu a escassez dos precedentes buscados. Isso demandou um abrandamento dos argumentos da pesquisa. A consequência foi o surgimento de precedentes em demasia e que não se relacionam com o objeto da pesquisa. Assim, como a pretensão era buscar determinado tipo de julgado, ao conseguir exemplares nas pesquisas com argumentos restritos, não se promoveu as pesquisas com argumentos mais abrangentes. No entanto, foram poucos os Tribunais nos quais não foi necessário realizar a pesquisa abrangente. Os conjuntos de argumentos restritos foram os seguintes:

1. Improbidade e terceiro e setor
2. Improbidade e ONG
3. Improbidade e OSCIP
4. Improbidade e organização social

Quando os resultados eram muito poucos ou não se conseguia identificar nenhum acórdão interessante, então se abrandava a pesquisa com os seguintes conjuntos de argumentos:

5. Improbidade e particular
6. Improbidade e associação
7. Improbidade e fundação
8. Improbidade e convênio

Quando determinado conjunto de argumentos retornava mais de 100 resultados, buscou-se restringir a amplitude, adicionando-se palavras pertinentes. Por exemplo, adiciona-se a palavra “agente” no conjunto “improbidade e particular”. As palavras adicionadas podem ser verificadas nos apêndices em anexo.

Em alguns Tribunais, os argumentos também são procurados no inteiro teor dos acórdãos, o que trazia muitos resultados totalmente sem relação com o objeto da pesquisa. Por exemplo, no TRF4, com os argumentos “improbidade e associação”, houve retorno de 201 resultados. Para “improbidade e convênio”, houve retorno de 538 resultados e “improbidade e fundação”, 424 acórdãos, o que ensejava o acréscimo de palavras, a fim de diminuir a amplitude da pesquisa.

Por outro lado, no TRF5, com os argumentos “improbidade e convênio”, surgiram 846 resultados, sendo que, apesar de várias restrições, ainda consta como retorno aproximadamente 450 resultados. Assim, tendo em vista que, no TRF5, se encontraram 6 precedentes interessantes, a pesquisa foi suficiente para este Tribunal.

Caso se identificasse um acórdão interessante por meio da leitura da ementa, então se lia o inteiro teor do mesmo. Não se coletou os precedentes que, da análise do inteiro teor do acórdão, não se conseguiu abstrair qual foi o fato gerador da ação de improbidade.

Com os resultados, foi elaborada uma planilha para cada Tribunal. Existem cinco partes em cada planilha: os argumentos utilizados, a quantidade de resultados por pesquisa, os precedentes judiciais sobre o Terceiro Setor sem a concorrência de um agente público, os precedentes sobre particulares equiparados e sobre particulares não equiparados a agentes públicos.

Os acórdãos interessantes foram sendo selecionados por meio da referência de citação, contida geralmente nas “ementas sem formatação”, disponíveis nos sites dos Tribunais.

Além da dificuldade da amplitude do conjunto de argumentos, ainda foi necessário verificar se as “fundações” e os “institutos”, mencionados nos acórdãos, realmente se referiam às pessoas jurídicas particulares, pois esses termos são frequentemente utilizados também para órgãos públicos, ou mantidos com recursos públicos.

Por fim, é necessário deixar claro que se pretendeu traçar um perfil do Judiciário brasileiro acerca da aplicação da LIA ao Terceiro Setor. Assim, o objetivo não foi precisar a quantidade de acórdãos que cada Tribunal possui sobre o assunto, mas tão-somente identificar o entendimento jurisdicional do determinado Tribunal sobre o assunto. Portanto, é possível que alguns precedentes dos Tribunais não tenham sido identificados, seja porque já se havia coletado um número razoável de precedentes (acima de 5), seja por erro material do pesquisador.

#### **4.4.2 Dos Resultados**

No total, analisaram-se 4.205 ementas para coletar 95 acórdãos relacionados com a pretensão da pesquisa. Isso equivale a 2,2% do total.

É verdade que dentre os acórdãos existiram aqueles que versavam sobre direito penal ou direito tributário. Mas, de qualquer forma, ainda é um percentual muito pequeno. *Isso reforça o achado da CPI de 2007, segundo o qual o controle sobre a improbidade administrativa no Terceiro Setor é pequena.*

Nos Tribunais de Justiça da Região Norte do Brasil não se identificou nenhum precedente interessante. Nos Tribunais de Justiça dos Estados do Pará, Amazonas, Amapá, Acre, Rondônia e Roraima existem poucos resultados para os argumentos lançados. Por exemplo, no Tribunal de Justiça de Roraima, houve retorno somente de 4 resultados, para todos os oito tipos de conjuntos de argumentos.

Na Região Nordeste, a situação encontrada foi semelhante. Somente os Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Norte - TJRN e Sergipe - TJSE apresentaram precedentes interessantes. No TJRN somente se identificou um precedente, no qual o Tribunal, pressupondo a possibilidade de dirigente de ONG cometer ato de improbidade de

forma autônoma, analisou o mérito de julgou improcedente o pedido. O TJSE reconheceu que sindicatos podem cometer ato de improbidade administrativa, sem a concorrência de um agente público *stricto sensu*<sup>233</sup>, mas em outro acórdão, o TJSE entendeu que uma associação não pode cometer ato de improbidade administrativa, sem a concorrência de um agente público<sup>234</sup>.

Na Região Centro-oeste, somente o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso - TJMT não apresentou nenhum precedente interessante. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT entendeu que um clube de futebol pode ser submetido às penas da LIA, por ter desviado recursos de convênios celebrados com o Distrito Federal<sup>235</sup>. O Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul – TJMS reconheceu que os dirigentes de hospitais, que recebem recursos do SUS, estão enquadrados na LIA<sup>236</sup>. O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás – TJGO entendeu que cartorários e registrários são particulares equiparados a agentes públicos<sup>237</sup>.

A partir da Região Sudeste, os Tribunais de Justiça apresentam mais resultados que o restante do país, apesar do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ não apresentar nenhum resultado. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP possui um julgado que reconhece a possibilidade de aplicação da LIA às ONGs, sem a concorrência de agente público<sup>238</sup>, e entendeu que uma liga de futebol é um particular equiparado<sup>239</sup>.

---

<sup>233</sup> AGRAVO REGIMENTAL (C. Cível) Nº 2013215318, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, IOLANDA SANTOS GUIMARÃES, JUIZ(A) CONVOCADO(A), Julgado em 06/08/2013.

<sup>234</sup> Apelação Nº 201300217215, 2ª CÂMARA CÍVEL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, CEZÁRIO SIQUEIRA NETO, RELATOR, Julgado em 14/04/2014.

<sup>235</sup> Acórdão n.573819, 20070110339404APC, Relator: ANGELO CANDUCCI PASSARELI, Revisor: JOÃO EGMONT, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 14/03/2012, Publicado no DJE: 23/03/2012, p. 126.

<sup>236</sup> 656-72.2005.8.12.0033. Des. Josué de Oliveira. 4ª CamaraCível.Julgado em 09/10/12; 2) 33-78.1920.8.003. Des. Jorge Eutáquio da Silva Frias. 1ª Camara Cível. Julgado em 28/03/2006.

<sup>237</sup> TJGO, APELACAO CIVEL 58507-70.2002.8.09.0029, Rel. DR(A). FERNANDO DE CASTRO MESQUITA, 2A CAMARA CIVEL, julgado em 21/06/2011, DJe 893 de 31/08/2011.

<sup>238</sup> 7527-25.2009.8.26.0604. Rel Urbano Ruiz. 10ª Camara de Direito Público. Julgamento 24/09/2012.

<sup>239</sup> AGI 9063199-62.2008.8.26.0000. Rel. Nogueira Diefenthaler. 7ª Camara de Direito Público. Julgamento 26/01/2009. Registro 26/03/2009.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG possui 4 precedentes entendendo pela submissão das ONGs à LIA<sup>240</sup>. Também possui um precedente entendendo que uma fundação privada, que não recebeu recursos públicos, não se submete à LIA<sup>241</sup>.

O Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo – TJES entendeu que uma colônia de pescadores, que recebeu recursos públicos, não se submete à LIA<sup>242</sup>, assim como uma empresa<sup>243</sup>.

Todos os Tribunais da Região Sul apresentaram resultados interessantes. O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina – TJSC possui 2 precedentes em que aceita a submissão autônoma de ONGs à LIA<sup>244</sup>. No entanto, contraditoriamente, em outro acórdão o TJSC entendeu que os presidentes de associações não se submetem à LIA<sup>245</sup>. O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR entende que tanto uma ONG, quanto pessoas físicas, que buscaram recursos públicos para concretizações de ações governamentais culturais, se submetem à LIA mesmo sem a participação de um agente público *stricto sensu*<sup>246</sup>.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS entendeu que um hospital, para cuja criação houve contribuição do Município, ou os que recebem recursos do SUS, é

---

<sup>240</sup> TJMG - Apelação Cível 1.0324.09.078629-8/001, Relator(a): Des.(a) Áurea Brasil, 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 02/10/2014, publicação da súmula em 14/10/2014; TJMG - Apelação Cível 1.0183.07.125728-5/001, Relator(a): Des.(a) Roney Oliveira, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 02/02/2010, publicação da súmula em 10/03/2010; 2) TJMG - Apelação Cível 1.0433.03.107296-3/007, Relator(a): Des.(a) Alvim Soares, 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 16/12/2008, publicação da súmula em 06/02/2009; TJMG - Apelação Cível 1.0525.04.064118-1/001, Relator(a): Des.(a) Versiani Penna, 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 24/07/2014, publicação da súmula em 31/07/2014; TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0109.13.000156-2/001, Relator(a): Des.(a) Heloisa Combat, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 21/11/2013, publicação da súmula em 27/11/2013.

<sup>241</sup> TJMG - Apelação Cível 1.0479.05.103883-0/001, Relator(a): Des.(a) Albergaria Costa, 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 01/03/2007, publicação da súmula em 16/03/2007; 2) TJMG - Apelação Cível 1.0479.03.046202-8/001, Relator(a): Des.(a) Moreira Diniz, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 02/09/2004, publicação da súmula em 22/09/2003.

<sup>242</sup> TJES, Classe: Apelação, 24100234384, Relator : SAMUEL MEIRA BRASIL JUNIOR, Órgão julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 19/03/2014, Data da Publicação no Diário: 02/04/2014

<sup>243</sup> TJES, Classe: Reexame Necessário, 24060020963, Relator : DAIR JOSÉ BREGUNCE DE OLIVEIRA, Órgão julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 11/02/2014, Data da Publicação no Diário: 21/02/2014.

<sup>244</sup> TJSC, Apelação Cível n. 2012.089242-4, de Camboriú, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 15-04-2014; TJSC, Apelação Cível n. 2007.025670-1, de Tangará, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 17-11-2009.

<sup>245</sup> TJSC, Apelação Cível n. 2012.019030-6, de Içara, rel. Des. Cesar Abreu, j. 02-07-2013.

<sup>246</sup> TJPR - 4ª C.Cível - AC - 1089776-0 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Regina Afonso Portes - Unânime - - J. 09.05.2014, TJPR - 4ª C.Cível - AI - 996171-3 - Londrina - Rel.: Guido Döbeli - Unânime - - J. 28.05.2013; TJPR - 5ª C.Cível - AI - 1193038-6 - Londrina - Rel.: Nilson Mizuta - Unânime - - J. 29.07.2014.

particular equiparado a agentes públicos<sup>247</sup>. Em outra oportunidade, assentou que uma pessoa física, que recebeu recursos públicos em razão de uma lei estadual de incentivo à cultura, não se aplica a LIA<sup>248</sup>.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1 tem posição no sentido de que a LIA não se aplica às ONGs nos casos em que não há participação de agente público *stricto sensu*<sup>249</sup>. O TRF1 também entende que as empresas que recebem recursos do Finam<sup>250</sup> não estão sujeitas à LIA<sup>251</sup>. Porém, o TRF1 entende que os empregados da Fundação da Caixa Econômica Federal - Funcef, por ter sido criada e custeada com recursos da Caixa Econômica Federal – CEF, são submetidos à LIA<sup>252</sup>.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2 posiciona-se no sentido de submeter as ONGs à LIA<sup>253</sup>, bem como o médico particular, mas que recebe recursos

---

<sup>247</sup> Apelação Cível Nº 70051019693, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em 27/06/2013; Apelação Cível Nº 70036866325, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Maraschin dos Santos, Julgado em 24/08/2011.

<sup>248</sup> Apelação Cível Nº 70054303888, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 10/07/2013.

<sup>249</sup> AC 0003119-13.2011.4.01.4302 / TO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL ANTONIO OSWALDO SCARPA (CONV.), QUARTA TURMA, e-DJF1 p.725 de 24/01/2014; AC 0015587-49.2010.4.01.4300 / TO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL ANTONIO OSWALDO SCARPA (CONV.), QUARTA TURMA, e-DJF1 p.724 de 24/01/2014; AC 0004978-93.2012.4.01.3311 / BA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRIO CÉSAR RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.694 de 15/08/2014.

<sup>250</sup> Conforme consta no sítio do Ministério da Integração: “Os Fundos de Investimentos da Amazônia - FINAM, são benefícios fiscais concedidos pelo governo federal, criado pelo Decreto-Lei nº 1.376, de 12/12/1974, que hoje encontra-se na área de atuação do Departamento de Gestão de Fundos de Investimentos. Tem por objetivo contribuir para o desenvolvimento econômico da região Norte do Brasil. Os Fundos de Investimentos Regionais, também denominados Fundos Fiscais de Investimentos, têm como objetivo a mobilização de recursos para regiões carentes de poupança privada, com a finalidade de incentivar empreendimentos econômicos com capacidade de promover o desenvolvimento regional, em face da escassez na oferta de recursos de capitais para a região Norte seguindo diretrizes e prioridades definidas pelo Ministério da Integração Nacional. Disponível em: <http://www.integracao.gov.br/web/guest/apresentacao2;jsessionid=F72F2B90523B6CC26B9F9E7E5B26F4AC.1r2>. Acesso em: 14 ago. 2014.

<sup>251</sup> AC 0010160-83.2005.4.01.3900 / PA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.270 de 31/05/2011; 4) AG 0019247-84.2009.4.01.0000 / TO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ITALO FIORAVANTI SABO MENDES, Rel.Conv. JUÍZA FEDERAL ROSIMAYRE GONÇALVES DE CARVALHO (CONV.), QUARTA TURMA, e-DJF1 p.92 de 23/11/2009; 5) AC 0001153-24.2006.4.01.3903 / PA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ITALO FIORAVANTI SABO MENDES, Rel.Conv. JUÍZA FEDERAL ROSIMAYRE GONÇALVES DE CARVALHO (CONV.), QUARTA TURMA, e-DJF1 p.127 de 18/09/2009; 6) AC 0001122-04.2006.4.01.3903 / PA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.65 de 12/09/2008.

<sup>252</sup> AC 0037843-04.2009.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, QUARTA TURMA, e-DJF1 p.279 de 15/02/2013.

<sup>253</sup> 200751100012260 - APELAÇÃO CÍVEL DATA DE DECISÃO: 15/07/2013 DATA DE PUBLICAÇÃO: 24/07/2013 RELATOR: GUILHERME COUTO DE CASTRO.



públicos<sup>254</sup>. Porém, entende que aquele que recebe recursos públicos, oriundo de Lei Rouanet, não se submete à LIA<sup>255</sup>.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3 é firme ao se posicionar acerca da possibilidade da LIA incidir sobre ONGs, mesmo sem a concorrência de um agente público *stricto sensu*<sup>256</sup>, bem como sindicatos<sup>257</sup> e médicos que recebem recursos do SUS<sup>258</sup>. Contudo, entendeu que, no caso de irregularidades em licitações, uma vez afastadas a responsabilidade dos agentes públicos, a LIA não pode incidir exclusivamente em face de particulares<sup>259</sup>.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4 segue o entendimento de que médicos e hospitais que recebem recursos do SUS são equiparados aos agentes públicos<sup>260</sup>, mas tem posição claudicante quanto à possibilidade de estagiários da CEF serem considerados como agentes públicos<sup>261</sup>. Também entende que produtores rurais, que recebem incentivos fiscais, não estão abarcados pela LIA<sup>262</sup>.

---

<sup>254</sup> 200251060028136 - APELAÇÃO CÍVEL DATA DE DECISÃO: 09/07/2008 DATA DE PUBLICAÇÃO: 23/07/2008 RELATOR: JOSÉ ANTONIO NEIVA.

<sup>255</sup> 201151010018719 - APELAÇÃO CÍVEL DATA DE DECISÃO: 13/03/2013 DATA DE PUBLICAÇÃO: 08/04/2013 RELATOR: REIS FRIEDE; 201051010224601 - APELAÇÃO CÍVEL DATA DE DECISÃO: 02/07/2012 DATA DE PUBLICAÇÃO: 10/07/2012 RELATOR: GUILHERME CALMON NOGUEIRA.

<sup>256</sup> TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0026029-91.2006.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 05/07/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/07/2012; TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, APELREEX 0017653-12.2008.4.03.6112, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES, julgado em 20/06/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/06/2013.

<sup>257</sup> TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC 0037491-50.2003.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 27/03/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/04/2014.

<sup>258</sup> TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AC 0022876-89.2002.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, julgado em 31/07/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/08/2014; 2) TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0023637-62.1998.4.03.6100, Rel. JUIZ CONVOCADO VALDECI DOS SANTOS, julgado em 22/11/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/11/2012.

<sup>259</sup> TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, APELREEX 0012819-84.2008.4.03.6105, Rel. JUIZ CONVOCADO ROBERTO JEUKEN, julgado em 21/08/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/08/2014.

<sup>260</sup> TRF4, AC 0000725-26.2004.404.7105, Terceira Turma, Relatora Maria Lúcia Luz Leiria, D.E. 22/03/2011; 2) TRF4, AC 5000028-80.2010.404.7210, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão João Pedro Gebran Neto, juntado aos autos em 05/12/2012.

<sup>261</sup> A favor: TRF4, AC 5000056-73.2013.404.7103, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Marga Inge Barth Tessler, juntado aos autos em 24/06/2014. Contra: TRF4, AC 5000575-48.2013.404.7103, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 12/07/2013; 2) TRF4, EINF 2007.71.01.001076-1, Segunda Seção, Relator Luís Alberto D'azevedoAurvalle, D.E. 26/04/2012.

<sup>262</sup> TRF4, AC 5002859-91.2011.404.7105, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 18/04/2013.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5 tem 9 precedentes sobre a possibilidade de ONGs se submeterem à LIA, de forma autônoma,<sup>263</sup> e também entende que os médicos que recebem recursos do SUS se submetem à LIA<sup>264</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ entende que notários e registrários<sup>265</sup>, integrantes de Conselho Tutelar<sup>266</sup>, hospitais e médicos que recebem recursos do SUS<sup>267</sup> e os funcionários da Funcef<sup>268</sup> estão abarcados no conceito de agentes públicos da LIA. Por outro lado, as empresas contratadas por licitação<sup>269</sup>, que recebem recursos do Finam<sup>270</sup> e o médico que presta serviço não custeado pelo SUS<sup>271</sup> não se submetem à LIA.

O STF, por fim, não tem nenhum julgado interessante.

Em suma, a pesquisa revelou que, dos 34 Tribunais analisados, somente 11 (32 %) resultados mostraram julgados que envolvem especificamente ONGs. Destes, 8 Tribunais (TRF2, TRF3, TRF5, TJRN, TJSP, TJMG, TJSC e TJPR) admitem que a LIA pode ser aplicada em face tão somente de dirigentes de ONGs, enquanto 4 Tribunais (TRF1, TJSE,

---

<sup>263</sup> Cita-se somente alguns: PROCESSO: 00034911020104058400, AC557381/RN, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, Segunda Turma, JULGAMENTO: 03/12/2013, PUBLICAÇÃO: DJE 12/12/2013 - Página 296, PROCESSO: 20088500001455501, EDAC491137/01/SE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO (CONVOCADO), Primeira Turma, JULGAMENTO: 21/07/2011, PUBLICAÇÃO: DJE 28/07/2011 - Página 128; PROCESSO: 200780000061670, AC486091/AL, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO CAVALCANTI, Primeira Turma, JULGAMENTO: 15/03/2012, PUBLICAÇÃO: DJE 22/03/2012 - Página 449 (condenou à perda do emprego na ONG).

<sup>264</sup> PROCESSO: 200683000031151, AC423654/PE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS, Segunda Turma, JULGAMENTO: 29/09/2009, PUBLICAÇÃO: DJE 15/10/2009 - Página 192.

<sup>265</sup> REsp 1186787/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 05/05/2014.

<sup>266</sup> REsp 1186969/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 05/11/2013.

<sup>267</sup> REsp 1215947/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 02/09/2011; Esp 495.933/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/03/2004, DJ 19/04/2004, p. 155; 2) REsp 416.329/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/08/2002, DJ 23/09/2002, p. 254.

<sup>268</sup> REsp 1137810/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/12/2009, DJe 15/12/2009; 2) REsp 1081098/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 03/09/2009.

<sup>269</sup> REsp 1409940/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 22/09/2014.

<sup>270</sup> AgRg no REsp 1413729/PA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 05/05/2014; 2) REsp 1171017/PA, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 06/03/2014; 3) REsp 1181300/PA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/09/2010, DJe 24/09/2010; 4) REsp 1155992/PA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 01/07/2010.

<sup>271</sup> REsp 1414669/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 27/03/2014.

TJES e TJSC) não admitem que dirigentes de ONGs ocupem isoladamente o polo passivo da ação de improbidade. No total, 21 acórdãos admitem a submissão dos dirigentes de ONGs à LIA e 7 acórdãos não admitem. Esses acórdãos (28) representam 29,4% da amostra de acórdãos coletados.

É muito importante perceber que o STJ ainda não se posicionou especificamente acerca do tema, podendo reverter o mencionado viés, entendendo que os dirigentes de ONGs, enquadram-se como terceiros-particulares e não como particulares equiparados a agentes públicos (ou, ainda, mais tecnicamente, como agentes públicos para os fins da LIA).

#### 4.4.3 Da Análise Crítica

O pretendido estudo comparativo dos julgados restou um pouco prejudicado, pois os Tribunais de Justiça do país não realizam uma digressão argumentativa em torno do tema. Eles simplesmente optam entre a corrente restritiva, que não admite a aplicação da LIA aos dirigentes de ONGs, e a corrente ampliativa, que admite. A expressiva quantidade de Tribunais que ainda não se manifestou sobre o tema e os poucos julgados coletados também dificultam o surgimento de um diálogo de jurisprudências. De toda forma, é possível estabelecer as seguintes comparações. Primeiro se verá a posição restritiva e depois a ampliativa.

No sentido da não aplicação da LIA aos particulares, o STJ já se manifestou pela impossibilidade de diretores de empresas que recebem benefícios fiscais do Fundo de Investimentos da Amazônia – Finam responderem, sozinhos, por ato de improbidade administrativa. Cita-se esse precedente que, embora não conste na ementa, trata-se de recursos públicos do Finam malversados por uma empresa:

(...)Os particulares que induzam, concorram, ou se beneficiem de improbidade administrativa estão sujeitos aos ditames da Lei nº 8.429/1992, não sendo, portanto, o conceito de sujeito ativo do ato de improbidade restrito aos agentes públicos (inteligência do art.3º da LIA).2. Inviável, contudo, o manejo da ação civil de improbidade exclusivamente e apenas contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda.3. Recursos especiais improvidos. (REsp 1171017/PA, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 06/03/2014)

Nesse recurso especial, o Min. Sérgio Kukina asseverou a “impossibilidade do particular responder isoladamente por supostos atos de improbidade administrativa”.

O parágrafo único do art. 1º da LIA é expresso ao mencionar o “benefício fiscal” concedido às pessoas jurídicas. De certo que não pode ser um benefício genérico, como bem pontuado por Emerson Garcia<sup>272</sup>. No entanto, no caso do Resp 1171017/PA, o benefício foi concedido especificamente para a Agropecuária Beira da Mata S/A, o que afasta o caráter genérico da medida. Dessa forma, conclui-se que o STJ afastou a hipótese legal, entendendo que o dirigente da agropecuária em questão é um particular e não um agente público. Em caso similar, o TRF4, na apelação 5002859-91.2011.404.7105, entendeu que os proprietários de agropecuária que perpetraram fraude, para receber benefícios fiscais, também não se submetem à LIA.

Por outro lado, o STJ, e também o TRF3 e o TJES, já decidiram que uma empresa, que obtém recursos públicos mediante contrato administrativo, precedidos de procedimento regido pela Lei nº 8.666/93, estão excluídos da regência da Lei de Improbidade Administrativa pelo STJ. Cita-se o seguinte exemplo:

(...)1. A ação de improbidade administrativa foi ajuizada contra sociedade empresária e integrantes de seu quadro diretivo, sob a acusação da prática de "diversas fraudes no sistema de pesagem do lixo residencial e hospitalar que era coletado, transportado e estocado, segundo as estipulações do contrato de serviços" (e-STJ, fl. 46).

(...)

3. De acordo com a jurisprudência do STJ, é inviável o manejo da ação civil de improbidade exclusivamente contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda.

4. O conceito de agente público, por equiparação, para responder à ação de improbidade, pressupõe aquele que exerça, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades descritas no art. 1º da Lei 8.429/92.

5. No caso, é inviável a ação de improbidade ajuizada exclusivamente contra a sociedade empresária contratada por meio de processo licitatório e seus diretores, seja porque não se enquadram no conceito de agente público previsto na LIA, seja porque a ilicitude da conduta narrada pressupõe a participação de pessoa integrante da estrutura administrativa. Fica ressalvada a possibilidade de se buscar a responsabilização dos envolvidos pelos meios admissíveis em direito, considerando-se a imprescritibilidade das ações de ressarcimento de danos ao erário.

6. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp 1409940/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 22/09/2014)

---

<sup>272</sup> GARCIA, ALVES, op. cit., p. 290.

Concorda-se que as empresas não estão sujeitas à LIA nos casos de não comprovação de participação de agente público. *Com efeito, via de regra, as empresas vencedoras de licitação não são custeadas e nem recebem subvenção, benefício ou incentivo do Estado.* Para obter recursos públicos, as empresas submetem-se aos procedimentos licitatórios e, se vencedoras, prestam um serviço ao Estado e são remuneradas por isso. Logo, tais recursos públicos consistem em uma *contraprestação* pelos serviços contratados. Assim, caso uma empresa participe de uma licitação, de forma fraudulenta, somente visando obter os recursos públicos, a esta não serão impostas as penas da LIA.

No tocante à aplicação da LIA ao Terceiro Setor, o TRF1, na apelação 0015587-49.2010.4.01.4300, extinguiu a ação, porque a ré não era servidora pública. No caso concreto, a requerida era a presidente de um grupo de teatro que havia firmado convênio com o Ministério da Cultura. Porém, deixou de prestar contas. No julgamento dos embargos de declaração, o Relator consignou que “o Grupo de Teatro Livre de Palmas/TO, sociedade Civil de caráter artístico e cultural (fls. 15/25), não está entre aquelas entidades mencionadas no art. 1º da Lei n. 8.42/92 a que se reporta o seu art. 2º retrocitado”. No entanto, equivocou-se o TRF1, pois o grupo de teatro, por ter recebido subvenção, enquadra-se no parágrafo único do art. 1º da LIA.

Na apelação nº 0004978-93.2012.3.01.3311, o TRF1 extinguiu a ação de improbidade, por ilegitimidade passiva, entendendo que um dirigente de ONG que não prestou contas não é enquadrada na LIA. Nesse caso, o Tribunal se embasou no AgRg no REsp 1413729/PA e no REsp 1171017/PA, que versam sobre o Finam e as empresas Agropecuárias.

No julgamento da apelação 0003119-13.2011.4.01.4302, um dos argumentos do TRF1 para julgar improcedente a demanda foi a ausência de concorrência agente público (*stricto sensu*). Nesse caso, também uma fundação de direito privado firmou convênio de mais de R\$ 600 mil com o Ministério dos Esportes, mas não prestou contas regularmente. Sobre esse último precedente, cita-se o seguinte trecho:

2. Ademais, a presente ação de improbidade administrativa foi ajuizada tão-só contra o particular. Não há nenhum agente público no pólo passivo da lide. O requerido, á época dos fatos, era presidente da Fundação Vó-Ita, pessoa jurídica de direito privado, responsável pela prestação de contas do Convênio nº 343/2005, celebrado entre o Ministério do Esporte e a referida Fundação. 3. Os atos de improbidade somente podem ser praticados por agentes públicos, com ou sem a cooperação de terceiros. Inadmissível, portanto, ação de improbidade ajuizada somente contra particulares. 4. A

jurisprudência desta Corte Regional vem se consolidando no sentido de que particular, que não ostente a condição de agente público, não pode responder isoladamente por ato de improbidade administrativa, e, ainda, não ser admissível ação de improbidade ajuizada somente contra particulares. 5. Apelação do Ministério Público Federal não provida.(AC 0003119-13.2011.4.01.4302 / TO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL ANTONIO OSWALDO SCARPA (CONV.), QUARTA TURMA, e-DJF1 p.725 de 24/01/2014)

No caso da apelação nº 201300217215 - TJSE, consta que uma empresa estadual celebrou um contrato com a Associação de Desenvolvimento do Povoado Manilha que, por sua vez, contratou uma construtora para realizar as obras. O acórdão não deixa claro se tal associação foi contratada por meio de licitação. De toda forma, cita-se tal acórdão porque o TJSE julgou improcedente a demanda, por ilegitimidade passiva *ad causam* dos dirigentes da associação, já que estes não se constituem como agente público. Na oportunidade, o TJSE valeu os precedentes Resp 117017/PA, Resp 1181300/PA e Resp 1155992/PA.

No acórdão 24100234384, o TJES sequer analisou o mérito da questão, assentando que uma colônia de pescadores não é equiparada a agente público, para fins da LIA. Na oportunidade, o TJES baseou-se no Resp 896.044/PA.

Nesse contexto, importa observar que os Tribunais que adotam uma posição restritiva valem-se basicamente dos mesmos acórdãos do STJ, quais sejam: Resp 896.044, Resp 1.181.300, Resp 1.155.992 e Resp 1.171.017. Ocorre que esses 3 últimos recursos especiais são todos oriundos do Estado do Pará e referem-se ao caso das empresas beneficiadas pelo Finam. No Resp 896.044 houve condenação de agentes públicos (*stricto sensu*), por ato de improbidade, e se assentou que, para tal condenação, não há litisconsórcio passivo necessário com a empresa privada beneficiada. Logo, esses precedentes não guardam similitude fática com as ONGs que realizam convênios. Trata-se, portanto, de um caso típico de ementismo, isto é, aplicação de ementas, sem a cautela de se analisar se os fatos julgados são similares.

No tocante aos casos em que a Justiça entende pela aplicação da LIA aos dirigentes das entidades criadas ou custeadas pelo Poder Público, ou que recebem subvenção, benefício ou incentivo, os mais assentes são o da Funcef e os hospitais particulares.

O STJ e o TRF1 já decidiram que os funcionários da Funcef são equiparados a agentes públicos. A Funcef é uma entidade fechada de previdência privada dos funcionários da CEF.

Assim, pode-se dizer que a Funcef, nos termos da LIA, foi criada e é custeada pela instituição financeira pública. Nesse sentido, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL – FUNCEF – FUNDAÇÃO PRIVADA INSTITUÍDA E PATROCINADA PELA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (EMPRESA PÚBLICA) – DIRIGENTES SUJEITOS ÀS DISPOSIÇÕES DA LEI Nº 8.429/92. 1. A prática de atos lesivos ao patrimônio da FUNCEF sujeita-se às disposições da Lei 8.429/92, por tratar-se de entidade instituída e patrocinada com recursos da Caixa Econômica Federal. Precedente do STJ. 2. Recurso especial não provido. (REsp 1137810/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/12/2009, DJe 15/12/2009) (g.n.)

De maneira similar, conforme o Superior Tribunal de Justiça, os médicos particulares que trabalham em clínicas particulares podem ser considerados como agentes públicos, se os referidos hospitais e clínicas receberem subvenções em forma de recursos públicos do Sistema Único de Saúde – SUS. Cita-se o seguinte exemplo:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. MÉDICOS E ADMINISTRADORES DE ENTIDADE HOSPITALAR PRIVADA. AGENTES PÚBLICOS POR EQUIPARAÇÃO. ARTIGO 327, PARÁGRAFO 1º, DO CÓDIGO PENAL.  
1. O conceito de agente público se estende aos médicos e administradores de entidade hospitalar privada que administram recursos públicos provindos do Sistema Único de Saúde. Precedentes.  
2. Recursos especiais improvidos.  
(REsp 412.845/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2004, DJ 06/12/2004, p. 374)

No julgamento do Resp 416.329/RS, o Min. Luiz Fux assim deixou consignado:

Consoante a previsão do art. 199, da CF, as entidades privadas de assistência à saúde, podem participar, de forma complementar, por meio de celebração de contrato de direito público ou convênio, do Sistema Único de Saúde. Em função da referida parceria, essas entidades hospitalares passam a receber verbas do Poder Público e, portanto, ficam subordinadas aos princípios regedores da Administração Pública, o que as torna passíveis de serem consideradas "sujeitos ativos dos atos de improbidade" em caso de malversação dos valores repassados pelo SUS. In casu, não há que se cogitar do fato de que as entidades hospitalares têm natureza privada. O simples e notório fato de serem conveniadas ao SUS e, portanto, receberem verbas repassadas ao Município pela União, as submete aos princípios regentes da Administração Pública, primordialmente, o da Supremacia do Interesse Público.

No mesmo sentido vão os Recursos Especiais 416.329/RS, 495933/RS, 412845/RS, dentre outros.

Esse entendimento está de acordo com a análise da LIA realizada acima. Verifica-se que os recursos públicos repassados aos hospitais e aos médicos particulares o são em forma de subvenções e não de custeio, uma vez que não há obrigatoriedade no repasse de recursos públicos para hospitais particulares. O art. 7º da Lei nº 8.080/1990<sup>273</sup> esclarece que a iniciativa privada pode ser contratada ou conveniada. Logo, não existe uma obrigatoriedade legal de tal repasse, mas sim um acordo. É evidente que, firmado o contrato ou o convênio, o hospital passa a ter o direito de receber os recursos públicos pelos atendimentos e procedimentos médicos realizados.

Dessa forma, os funcionários dos hospitais privados que administram recursos públicos do SUS são submetidos ao regime da Lei de Improbidade Administrativa. Esse entendimento é sufragado por vários Tribunais do país, como visto no item acima.

O STJ não especifica que os hospitais se enquadram na qualidade de pessoas jurídicas subvencionadas e nem que, ao malversar os recursos públicos, os médicos cometem ato de improbidade contra a Administração Pública, incidindo no *caput* do art. 1º da LIA. De toda forma, reconhece-se que os médicos empregados de hospitais particulares, que recebem recursos do SUS, são agentes públicos para os fins da LIA.

Dado que o conceito de ONG não tem um contorno específico, seria possível enquadrar esses hospitais como ONGs. No entanto, para fins deste trabalho, não se optou por essa hipótese porque o SUS tem um sistema próprio e peculiar de prestação do serviço de saúde, o que destoa das ONGs propriamente ditas.

A aplicação autônoma da LIA aos dirigentes de ONGs, para os Tribunais que assim entendem, é feita por meio de um entendimento de que esses dirigentes equiparam-se aos agentes públicos. Por exemplo, o TRF3 reformou uma sentença que extinguiu a ação de improbidade com o argumento de ausência de agente público no polo passivo, e condenou o

---

<sup>273</sup>Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios.



presidente de uma ONG por ato de improbidade administrativa por ausência de prestação de contas<sup>274</sup>. Pelo mesmo motivo, o TRF5 tem vários precedentes. Cita-se o seguinte:

1. A prova dos autos é mais que suficiente para demonstrar que os gestores de certa ONG, destinatária de recursos conveniados com o Ministério da Saúde (R\$ 32.124,00), não realizaram a finalidade contratada, nem prestaram as devidas contas, senão que usaram os valores em proveito próprio;
  2. É verdade que os réus apresentaram documentos que atestariam o pretenso uso regular do dinheiro, mas não é o caso de aproveitá-los: a uma, porque a prestação de contas deveria ter sido dirigida aos órgãos técnicos competentes, e não diretamente em juízo; a duas, porque os papéis não cobrem a totalidade dos gastos, sequer coincidindo com os saques feitos; a três, porque, entre as despesas teoricamente provadas, algumas são injustificáveis (pagamentos ao próprio gestor, por consultoria que teria, ele mesmo, dado à ONG); e, a quatro, porque nada comprova que o objeto conveniado (um seminário sobre ativismo em AIDS e controle social) tenha sido realmente levado a efeito;
  - (...)
  4. Manutenção das penas de ressarcimento ao erário, de multa e de proibição de contratar com o Poder Público;
  5. Apelação parcialmente provida.
- (PROCESSO: 00034911020104058400, AC557381/RN, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, Segunda Turma, JULGAMENTO: 03/12/2013, PUBLICAÇÃO: DJE 12/12/2013 - Página 296)

Apesar de não especificarem que as ONGs, ao desviarem recursos públicos, tem como vítima a Administração Pública, prevista no *caput* do art. 1º da LIA, os Tribunais pressupõem isso. Com efeito, a maioria dos acórdãos sobre ONGs e LIA diz respeito à ausência de prestação de contas. Logo, se não enquadrassem a conduta dos dirigentes de ONGs como praticados contra a Administração Pública, então os Tribunais não poderiam condenar as ONGs no art. 11, inc.VI da LIA, já que este não é um ato de improbidade contra o *patrimônio* da entidade que recebe subvenção. Assim, o viés favorável à aplicação da LIA às ONGs corrobora a interpretação da LIA deduzida nos itens acima, segundo a qual não é necessário que o sujeito ativo pratique o ato de improbidade administrativa contra pessoa jurídica ao qual está vinculado.

Analizados os precedentes citados, tanto a favor como contra, percebe-se que os Tribunais fazem uma escolha entre os dois conjuntos possíveis de argumentações sobre o tema. Ou se perfilham à corrente restritiva, argumentando que ONGs são terceiros-

---

<sup>274</sup> TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0026029-91.2006.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 05/07/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/07/2012.

particulares, ou adotam a interpretação “abrangente”, para entender que os dirigentes de ONGs são agentes públicos, ou pelo menos particulares equiparados a agentes públicos.

Os Tribunais que não aceitam o dirigente de ONG como sujeito ativo do ato de improbidade preocupam-se com a qualidade intrínseca desse dirigente, à luz da “teoria geral” do conceito de agente público (aqui referido como agente público *stricto sensu*). Isto é, como o dirigente de ONG não se enquadra na classificação feita pelos doutrinadores, entre agentes políticos, servidores públicos com regime estatutário, celetista ou militar, agentes particulares colaboradores ou gestores de negócios públicos<sup>275</sup>, então eles excluem o dirigente de ONG da amplitude do sujeito ativo do ato de improbidade.

No entanto, da análise do art. 1º da LIA, observa-se que a lei adotou como critério do agente público o *vínculo com a vítima* do ato de improbidade. Dessa forma, a sobrevalorização da qualidade intrínseca do sujeito ativo pode gerar algumas falências interpretativas. Por exemplo, o TRF2 e o TJRS têm precedentes no sentido de que as pessoas físicas que recebem recursos públicos derivados de incentivos culturais (Lei Rouanet ou lei estadual similar) não são submetidas à LIA<sup>276</sup>. No entanto, um médico particular, que administre recursos públicos, está submetido às penas da LIA<sup>277</sup>. Ora, se há prejuízo ao erário público tanto no caso de malversação do médico quanto da pessoa física que recebeu incentivos fiscais, porque esta não é abrangida pela LIA? Portanto, não se deve considerar como critério a qualidade intrínseca do sujeito ativo, mas sim sua relação para com o sujeito passivo.

Sobre esse ponto específico, segundo o qual o critério de sujeito ativo correto é a pessoa jurídica contra a qual o ato de improbidade foi praticado, cumpre destacar que o TJSC tem um precedente em que condena os dirigentes de uma *ONG a devolver dinheiro para a própria ONG* e não para o Estado. Além disso, o precedente a seguir citado envolve o *patrimônio privado da ONG*, daí porque o Tribunal determinou o ressarcimento à própria ONG. Segue um trecho da sentença, mantida pelo TJSC:

<sup>275</sup> Cf. CARVALHO FILHO, op. cit., p. 594-597; GASPARINI, op. cit., p. 191-192; DI PIETRO, op. cit., p. 604.

<sup>276</sup> 201151010018719 - APELAÇÃO CÍVEL DATA DE DECISÃO: 13/03/2013 DATA DE PUBLICAÇÃO: 08/04/2013 RELATOR: REIS FRIEDE; 201051010224601 - APELAÇÃO CÍVEL DATA DE DECISÃO: 02/07/2012 DATA DE PUBLICAÇÃO: 10/07/2012 RELATOR: GUILHERME CALMON NOGUEIRA; Apelação Cível Nº 70054303888, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 10/07/2013.

<sup>277</sup> 200251060028136 - APELAÇÃO CÍVEL DATA DE DECISÃO: 09/07/2008 DATA DE PUBLICAÇÃO: 23/07/2008 RELATOR: JOSÉ ANTONIO NEIVA. Apelação Cível Nº 70051019693, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em 27/06/2013.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE os pedidos formulados nesta ação CIVIL PÚBLICA, ajuizada pelo Representante do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA em face de MARISTELA PANCERI DOS SANTOS e JOSÉ DE LIMA DOS SANTOS e, por conseguinte, em reconhecendo a prática de diversos atos de improbidade administrativa (arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92), na forma do art. 12, I, II e III da Lei em comento:

1. CONDENO a ré MARISTELA PANCERI DOS SANTOS a ressarcir à APAE de Tangará no valor equivalente a 10 (dez) litros de gasolina, a ser apurado em liquidação de sentença;

2. CONDENO o réu JOSÉ DE LIMA DOS SANTOS a ressarcir:

2.1. ao Município de Tangará, o valor de R\$ 27,05 (vinte e sete reais e cinco centavos), cuja despesa era de responsabilidade da Confederação das APAES;

2.2. a APAE de Tangará, no valor de R\$ 245,34 (duzentos e quarenta e cinco reais e trinta e quatro centavos), devidamente representado pelo cheque de fls. 116;

2.3. a APAE de Tangará, no valor de R\$ 390,75 (trezentos e noventa reais e setenta e cinco centavos), eis que apropriou-se indevidamente deste valor quando repassado pela Confederação das APAES;

3. CONDENO os réus MARISTELA PANCERI DOS SANTOS e JOSÉ DE LIMA DOS SANTOS, de forma solidária, a ressarcirem à APAE de Tangará:

3.1. nas despesas de gasolina e desgaste do veículo Kombi, utilizado pelos Réus para transportarem uma escrivãzinha desta cidade de Tangará até a cidade de Joaçaba, cujos valores serão apurados em liquidação de sentença;

3.2. nas despesas de gasolina e desgaste do veículo Kombi, utilizado em várias oportunidades pelos Réus para transportarem mercadorias (produtos alimentícios e de limpeza) da APAE até a residência do casal, cujos valores serão apurados em liquidação de sentença;

3.3. no valor de R\$ 20.687,82 (vinte mil, seiscentos e oitenta e sete reais e oitenta e dois centavos), correspondente as notas fiscais frias, devidamente especificadas no quadro de fls. 07 a 09, supra;

(...)

3.6. nos valores percebidos pela ré Maristela, a título de salário de professora, percebidos do Estado de Santa Catarina e dos municípios de Ibiam e Tangará, exceto aquele pago pelo Estado de Santa Catarina como especialista em assuntos educacionais, com 40 horas semanais, da qual já está aposentada desde 26/07/1996;

4. DECRETO a perda de qualquer função ou cargo público que eventualmente os Requeridos possam estar exercendo;

5. SUSPENDO os direitos políticos dos Requeridos pelo período de 08 (oito) anos;

6. CONDENO os Requeridos no pagamento de multa civil no valor correspondente ao dobro do acréscimo patrimonial, aqui representado pelo desvio de valores e mercadorias, uma vez que os fatos foram gravíssimos e a entidade lesionada é a APAE deste Município;

7. PROIBO os Requeridos de contratarem com o Poder Público ou receberem benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de 10 (dez) anos.

8. CONDENO os Requeridos, ainda, no pagamento das despesas processuais; dos honorários periciais, os quais fixo em R\$ 2.000,00 (dois mil

reais), e dos honorários advocatícios, estes que fixo no valor equivalente a 10% (dez por cento) sobre o total da condenação, devidamente corrigido, cujo valor deverá ser revertido em favor do Ministério Público Estadual.

Da leitura do trecho da sentença acima não fica claro se a APAE Tangará recebeu recursos públicos, para os fins do parágrafo único do art. 1º, habilitando-se a ser sujeito passivo do ato de improbidade administrativa. De todo modo, a citação do precedente acima serve somente como um reforço para provar a possibilidade de se praticar um ato de improbidade administrativa em face de uma das entidades do parágrafo único do art. 1º, o que está em consonância com a interpretação promovida nos itens. 4.2 e 4.3.

Em contraposição, o TJMG possui um julgado<sup>278</sup> em que afirma que uma Fundação de Ensino, apesar de ter sido criada por uma lei estadual (enquadrando-se como Administração Fundacional ou entidade criada pelo Poder Público, previstos no art. 1º da LIA), é regida pelo Direito Privado, somente recebendo recursos privados, consistentes nas mensalidades dos alunos e, por isso, não se lhe aplica a LIA.

Repisa-se que o corte do presente estudo consiste no desvio de recursos públicos pelos dirigentes de ONGs, sendo que se uma ONG nunca recebeu subvenção, benefício ou incentivos públicos, nem foi criada ou custeada pelo Poder Público, então não deve ser submetida à LIA (salvo na condição de sujeito passivo impróprio, isto é, se a ONG ou seu dirigente concorra ou se beneficie da conduta de algum agente público, na forma do art. 3º da LIA).

A citação de casos envolvendo patrimônio particular de instituições é interessante porque tangencia o objeto do estudo. Contudo, aqui não se está defendendo, nem negando, a possibilidade de existir ato de improbidade administrativa envolvendo exclusivamente o patrimônio ou interesses privados de entidades, porque isso deve ser objeto de um estudo específico.

Uma comparação mais profícua entre casos esbarra na superficialidade da maioria dos julgados. Porém, de toda forma, consegue-se vislumbrar que o caso das ONGs,

---

<sup>278</sup> TJMG - Apelação Cível 1.0479.05.103883-0/001, Relator(a): Des.(a) Albergaria Costa, 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 01/03/2007, publicação da súmula em 16/03/2007; 2) TJMG - Apelação Cível 1.0479.03.046202-8/001, Relator(a): Des.(a) Moreira Diniz, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 02/09/2004, publicação da súmula em 22/09/2003.

comparativamente, está mais próximo do entendimento inclusivo dos médicos particulares do que o entendimento exclusivo dos empresários da agropecuária.

Com efeito, os recursos públicos repassados aos hospitais e médicos, para efeitos da LIA, enquadram-se como subvenção e não como custeio. A verba do SUS é repassada depois de um comum acordo entre o Estado e o setor privado que queira atuar de forma complementar ao SUS. O art. 7º da Lei nº 8.080/1990 deixa claro que a iniciativa privada pode ser contratada ou conveniada. Logo, não existe uma obrigatoriedade legal de tal repasse, mas sim um acordo.

Questão interessante, mas também própria de outro estudo, é saber se incide a LIA para os hospitais em regime de contratação e não de convênio. Nesse caso, infere-se que a contratação pode ser de uma pessoa jurídica com fins lucrativos (arts. 24 e 25 da Lei nº 8.080/1990). Nesse caso, essa hipótese seria equiparável às empresas, enquanto que para as pessoas jurídicas que celebram convênios, presumivelmente sem fins lucrativos, aplicam-se os precedentes delineados no STJ.

Em conclusão, infere-se que a jurisprudência é favorável pelo entendimento segundo o qual os dirigentes de ONGs, ao administrarem subvenções públicas, obtidas mediante convênios com a Administração Pública, visando concretizar uma ação governamental, são sujeitos ativos do ato de improbidade e, por isso, submetem-se autonomamente às penas da LIA.

#### **4.5 Dos Resultados da Pesquisa Sob a Perspectiva da Teoria da Escolha Racional**

Nos capítulos 1 e 2 demonstrou-se a magnitude do Terceiro Setor, bem como as dificuldades detectadas pela CPI de 2007 e a quantidade significativa de convênios comprovadamente inadimplentes.

Com efeito, a CPI analisou somente os convênios celebrados pela União. No entanto, toma-se essa pesquisa como representativa da situação dos convênios entre estados e municípios com ONGs.

Realizando-se um corte para a esfera federal, relembra-se que a CGU apurou que, entre 1999 e 2006, havia 1.162 convênios em situação de inadimplência por falta de prestação

de contas, não apresentação de documentação complementar, irregularidades na execução, instauração de tomada de contas especial e descumprimento de cláusula do convênio.

Nos Tribunais Regionais Federais e no STJ encontraram-se somente 15 acórdãos sobre ONGs submetidas à LIA, sendo que em 12 deles admite-se a aplicação da LIA a ONGs, de forma autônoma. É certo que não se pesquisou a quantidade de ações de improbidade envolvendo agentes públicos e ONGs, mesmo porque é inviável. Pelo que se percebeu, quando há envolvimento de um agente público *stricto sensu* a Justiça foca na conduta do agente público, não destacando a qualidade dos eventuais partícipes na conduta do agente públicos (os sujeitos passivos impróprios). Isso torna inviável a pesquisa acerca da amostra de ações de improbidade envolvendo agente público *stricto sensu* e ONGs. No entanto, essa situação não obsta à afirmação no sentido de que a Administração Pública (aqui representada pelo Ministério Público e pela própria União, por meio da Advocacia-Geral da União), via de regra, *não propõe* ação de improbidade administrativa quando detecta malversação de recursos públicos por ONGs.

Mesmo que se admita que parte significativa dos 1.162 convênios tenham a comprovação da participação de um agente público *stricto sensu*, ainda assim se esperaria uma quantidade maior de precedentes jurisprudenciais sobre ONGs e improbidade administrativa. Os 12 acórdãos encontrados representam somente 1% dos 1.162 convênios inadimplentes detectados pela CGU.

Muito embora tenha se deixado claro que esse percentual é somente uma estimativa, cumpre esclarecer que tal número está condizente com os resultados encontrados na pesquisa de Alencar e Gico Jr.<sup>279</sup>, o que reforça a legitimidade do baixíssimo percentual encontrado. Assim, é razoável dizer que a probabilidade de condenação de dirigentes de ONGs, por ato de improbidade administrativa, sem a comprovação de participação de um agente público, é cerca de 1%.

Com esse baixíssimo percentual, a repercussão da variável “p” na equação da escolha racional consubstancia-se em verdadeiro incentivo à malversação de recursos públicos pelas ONGs. Com efeito, a correta aplicação dos recursos públicos depende quase que exclusivamente da boa-fé do administrador das ONGs, uma vez que a repressão do Estado se revela muito precária.

---

<sup>279</sup> ALENCAR, GICO JR, op. cit.

Diante da baixa probabilidade de condenação, para que houvesse um desincentivo à improbidade administrativa no Terceiro Setor, a magnitude das penas deveria ser estabelecida em patamar muito alto, ferindo o princípio da proporcionalidade<sup>280</sup>.

De toda forma, pode-se fazer uma presunção razoável no sentido de que, apesar da probabilidade de condenação definitiva por ato de improbidade ser pouca, ainda existe algum efeito persuasivo em razão da rigidez das penas da LIA.

Somente para se verificar a rigidez das penas da LIA, relembra-se que até certo tempo atrás havia a discussão a respeito de a Lei de Improbidade Administrativa deter cunho civil ou penal. Somente a partir do julgamento da Reclamação nº 591-SP pelo STJ é que firmou o entendimento de que a ação de improbidade administrativa é uma ação civil<sup>281</sup>. Esse imbróglio ocorreu porque as penas da LIA são as mesmas da ação penal, salvo a privação da liberdade. Ao se cotejar os artigos 92 e 93 do Código Penal e o art. 12 da LIA, percebe-se que ambos contêm penas de perda dos produtos do ato ilícitos, perda do cargo público ou eletivo e multa (art. 49 e ss. do CP). O Código Penal prevê, além disso, as penas privativas de liberdade, a privação do pátrio poder e a privação de dirigir, sendo que a LIA inclui a proibição de contratar com o Poder Público. Aliás, algumas penas da LIA podem ser até mais gravosas que as da lei penal, a depender da situação. O fato é que as penas da LIA são rígidas e a possibilidade de sofrer essas penas tem o potencial de influenciar o comportamento dos dirigentes de ONGs, ainda que em uma escala pequena.

Em conclusão, a análise dos precedentes judiciais indica que, na prática, os dirigentes de ONGs que são desonestos não são processados e punidos pela Lei de Improbidade Administrativa, apesar de haver viabilidade jurisprudencial para tanto. Portanto, detecta-se que a repressão do Estado é muito deficiente em combater a má-gestão de recursos públicos pelo Terceiro Setor.

---

<sup>280</sup> Cf. ROBINSON, DARLEY, op. cit.

<sup>281</sup> Rcl 591/SP, Rel. Ministro NILSON NAVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/12/1999, DJ 15/05/2000, p. 112.

## CONCLUSÃO

O Terceiro Setor tem uma importante função complementar de implementação das políticas públicas governamentais, tanto no sentido quantitativo quanto no qualitativo. De 1999 a 2006, somente a União celebrou 42.132 convênios com ONGs, num montante total de 24,5 bilhões<sup>282</sup>.

Infelizmente, parte desses recursos são malversados pelas ONGs que, não raramente, podem ser até constituídas com a finalidade única de desviar recursos públicos. Em razão disso, este trabalho procurou identificar qual é a política pública do Estado, e com qual efetividade se visa impedir a malversação de recursos públicos pelo Terceiro Setor, destacando-se os papéis do Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário.

No contexto da política pública contra a improbidade administrativa pelas ONGs, viu-se que o Poder Legislativo edita as normas que fornecem os instrumentos de combate à improbidade administrativa no Terceiro Setor. Esses instrumentos podem e devem ser utilizados pelo Poder Executivo, que é o principal ator que interage com o Terceiro Setor. Assim, o Executivo tem uma função primordial e decisiva para a diminuição da malversação dos recursos públicos, por meio da adoção de melhores formas de escolha de ONGs, densificação da fiscalização etc. Por sua vez, ao Poder Judiciário cabe uma função eminentemente repressiva, isto é, de aplicação de penalidades para os casos de malversação de recursos públicos.

Cumprе relembrar que, dado o tamanho e a complexidade do Estado, não há necessariamente uma racionalidade evidente na concretização das políticas públicas entre os três poderes. Isto é, cada poder da República pode implementar sua parte da política pública de forma desconectada e independente dos outros poderes. Após a exposição desse trabalho, identifica-se com mais facilidade essa questão. Apesar do Poder Legislativo editar uma lei que tentou ser o mais abrangente possível, alguns Tribunais ainda impõem obstáculos para a plena vigência da lei, dificultando o combate à improbidade administrativa no Terceiro Setor.

O Direito não pode mais se ater à previsão formal dos instrumentos à disposição do Estado. É necessário se preocupar com a efetividade do Direito, sob pena de se transformar

---

<sup>282</sup> CONGRESSO NACIONAL(b), op. cit., p. 201.



em uma mera ciência simbólica. Daí porque se valeu da Teoria da Escolha Racional para verificar, em tese, se o Estado está se movimentando para diminuir a improbidade administrativa no Terceiro Setor.

Tal teoria fornece meios para entender o comportamento humano e, o mais importante, sistematizar como o Estado pode alterar o comportamento de seus cidadãos por meio de incentivos. Assim, sabendo-se que pessoas tendem a reagir racionalmente a incentivos e, se a Administração Pública fornecer os incentivos corretos, poderá haver uma diminuição da malversação de recursos públicos pelo Terceiro Setor.

Nesse sentido, o objetivo geral da dissertação foi analisar os incentivos concretizados pelo Estado no tocante à diminuição da improbidade administrativa no Terceiro Setor. Para aferir tal diminuição, valeu-se de uma aplicação da teoria da escolha racional às condutas ilícitas. Por conter elementos de microeconomia, é possível traduzir tal aplicação em uma equação:  $E(U) = (1-p) \times U(r) - p \times (r-c)$ .

A variável “U” significa utilidade, “p” probabilidade de punição, “r” renda, “c” custo de ser punido, entendida como a magnitude da pena. Assim, “(1-p)” é a probabilidade de *não* ser punido, “r-c” é renda menos o custo de ser punido, “(1-p) x U(r)” a probabilidade de não ser punido vezes utilidade e “p x (r-c)” probabilidade de ser punido vezes a desutilidade. Assim, a probabilidade da utilidade menos a probabilidade da desutilidade é a utilidade esperada “E(U)”<sup>283</sup>.

Assim, como se percebe, as principais variáveis são a probabilidade de condenação e a magnitude da pena. Logo, a análise dos incentivos estatais deve ser feita sob o prisma do aumento da probabilidade de condenação e da magnitude da pena.

Estudos demonstram que a probabilidade de ser condenado criminalmente é de 3,17% e de ser condenado por ato de improbidade administrativa é de 1,59%<sup>284</sup>. Ainda, a probabilidade de ressarcir o erário federal é, na melhor das hipóteses, 14,68%<sup>285</sup>. Essas probabilidades pequenas podem ser consideradas como representativas da probabilidade de dirigentes de ONGs serem condenados por ato de improbidade.

---

<sup>283</sup> ALENCAR, GICO JR., op. cit., p. 77.

<sup>284</sup> Ibidem, p. 87-89.

<sup>285</sup> Informação obtida em um gráfico fornecido pela Advocacia-Geral da União, em atendimento à uma demanda da Lei de Transparência.

Ao lado desses estudos sobre a probabilidade de condenação em geral, esta dissertação valeu-se das revelações feitas, principalmente, pela CPI das ONGs, que concluiu, analisando os convênios entre 1999 e 2006, que o Poder Executivo não escolhe bem as entidades com quem celebra convênio, faz uma aprovação meramente formal das contas apresentadas, celebra convênios em quantidade superior à capacidade fiscalizatória estatal, não realiza uma fiscalização satisfatória e instaura pouquíssimas tomadas de contas especiais<sup>286</sup>.

Esse cenário forma um conjunto de incentivos que propicia a malversação de recursos públicos, em virtude da facilidade da celebração de convênios e da dificuldade na fiscalização, no ressarcimento ao erário e na condenação judicial efetiva.

Após a CPI de 2007, houve algumas alterações legislativas, cuja análise pode concluir que o Poder Legislativo está buscando diminuir a improbidade administrativa no Terceiro Setor, fornecendo instrumentos para aumentar a probabilidade de condenação e a magnitude da pena. O chamamento público das ONGs, as restrições administrativas, a obrigatoriedade da fiscalização *in loco*, o estabelecimento de prazo para a Administração Pública analisar as contas apresentadas, a publicidade da condenação administrativa, o incentivo ao *compliance*, a interrupção das atividades da entidade, a responsabilização objetiva e o acordo de leniência constituem-se em um conjunto de desincentivos à improbidade administrativa no Terceiro Setor, criadas por meio da Losc e da Lei nº 12.846/2013.

No entanto, a implementação desses desincentivos depende do Poder Executivo, da disponibilidade orçamentária, da quantidade e do treinamento dos servidores públicos que lidam com a celebração e a prestação de contas das ONGs. Não se sabe se essa implementação está sendo concretizada, sendo que esse é um estudo para outra oportunidade. Neste ponto do trabalho, desenvolveu-se somente uma análise da legislação, do ponto de vista da teoria da escolha racional.

Dentro do contexto de diminuição da improbidade administrativa, o aumento da probabilidade das condenações depende da propositura de ação de improbidade administrativa pelos órgãos do Poder Executivo (Ministério Público, Procuradorias da União, dos estados e dos municípios), sendo que o Poder Judiciário tem maior poder de influência sobre a variável magnitude da pena. No entanto, em se tratando de malversação de recursos públicos *pelo Terceiro Setor*, o Judiciário também tem importância vital na variável probabilidade de pena,

---

<sup>286</sup> CONGRESSO NACIONAL(b), op. cit.

porquanto este decide se a LIA incide, ou não, exclusivamente em face de dirigentes de ONGs. Observe-se que a probabilidade da pena *pressupõe que a LIA possa ser aplicada em face exclusivamente de dirigentes de ONGs*. Se a Justiça entendesse que o dirigente de ONG não possui legitimidade passiva *ad causam* para figurar sozinho no polo passivo de uma ação de improbidade, então não haveria nem que se cogitar em probabilidade de aplicação das penas da LIA.

A fim de verificar o entendimento jurisprudencial acerca da legitimidade passiva do dirigente de ONG, mapeou-se o entendimento de todos os Tribunais do país para se verificar tanto a frequência das ações de improbidade propostas exclusivamente contra particulares (não somente as ONGs) quanto a motivação das decisões. Detectaram-se poucos acórdãos sobre o tema. Das 4.205 ementas analisadas, somente 95 eram relacionadas ao objeto da pesquisa.

De forma geral, os Tribunais das regiões Norte e Nordeste quase não apresentaram resultados (somente o TJSE possui precedente), enquanto os Tribunais estaduais do restante do país têm alguns precedentes. Já os Tribunais Regionais Federais têm uma quantidade mais significativa de julgados sobre o tema, guardadas as devidas proporções, enquanto o STJ ainda não firmou posicionamento sobre o assunto.

Dos 33 Tribunais analisados, somente 11 abordam a possibilidade de aplicação da LIA aos dirigentes de ONGs. Destes, 8 Tribunais (TRF2, TRF3, TRF5, TJRN, TJSP, TJMG, TJSC e TJPR) admitem que dirigentes de ONGs podem ser submetidos às LIA, de forma autônoma, enquanto 4 Tribunais (TRF1, TJSE, TJES e TJSC) não admitem que ONGs ocupem isoladamente o polo passivo da ação de improbidade.

Portanto, a hipótese da dissertação não se configurou. Acreditava-se que o entendimento doutrinário e jurisprudencial era majoritariamente *contra* a aplicação da LIA em face exclusivamente de dirigentes de ONGs. Apurou-se, na verdade, que a doutrina e a jurisprudência reconhecem a legitimidade passiva *ad causam* autônoma dos dirigentes de ONGs, na ação de improbidade administrativa. No entanto, a consolidação dessa interpretação depende do posicionamento do STJ.

Esse é, basicamente, o cenário fático-jurídico encontrado na pesquisa. Por se tratar de um tema abrangente e um pouco complexo, não se pode oferecer uma conclusão plenamente

definida, com contornos precisos. Mas, de toda forma, apesar da baixa probabilidade de condenação, há um viés favorável para a diminuição da improbidade administrativa no Terceiro Setor. Os avanços legislativos fornecem instrumentos para aumentar a magnitude da pena e a probabilidade de condenação. Por outro lado, o Poder Judiciário possui um viés pela aplicação da LIA ao Terceiro Setor. No entanto, a manutenção do viés favorável depende da implementação dos avanços legislativos, pelo Poder Executivo, e da consolidação, pelo Poder Judiciário, da tese da aplicação da LIA ao Terceiro Setor.

## REFERÊNCIAS

- AIDT, Toke S. Economic Analysis of Corruption: a Survey. *The Economic Journal*, vol. 113, n. 491, nov. 2003. Disponível em: <ebSCO.host>. Acesso em: 16 ago. 2014.
- ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro; GICO Jr, Ivo. Corrupção e Judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. *Revista de Direito GV*, São Paulo, n. 13, jan-jun 2011.
- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.
- ARAÚJO JR, Ari Francisco de. SHIKIDA, Claudio Djissey. Microeconomia. In: TIMM, Luciano Benetti (org). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Ed. Atlas, 2012.
- BAERT, Patrick. Algumas limitações das explicações da escolha racional na Ciência Política e na Sociologia. Tradução de Eduardo Cesar Marques. *Revista eletrônica de Ciências Sociais*, São Paulo, vol. 12, nº35, 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69091997000300005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091997000300005&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 04 fev. 2014.
- BECKER, Howard S. *Outsiders*. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 2008.
- BECKER(a), Gary S. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: University of Chicago Press, 1976.
- BECKER(b), Gary S. The Economic Way of Looking at Behavior. In: *The Journal of Political Economy*, vol. 101, nº 3, jun. 1993.
- BECKER(c), Gary S. Crime and Punishment. *The Journal of Political Economy*, vol. 76, nº 2, mar-abr, 1968.
- BOWLES, Roger. Corruption. In: Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.). Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. *The History and Methodology of Law and Economics*. Cheltenham: 2000. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/tablebib.html#TABLE OF CONTENTS>>. Acesso em: 10 set. 2014.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas*. Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.
- CARRANZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 29. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2014.

COELHO, Cristiane de Oliveira. *A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico*. Berkeley: Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers, 2007. Disponível em: <http://escholarship.org/uc/item/47q8s2nd>. Acesso em: 04 set. 2014.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL- CGI. *TIC Organizações sem Fins Lucrativos 2012*. São Paulo: CGI, 2014.

CONGRESSO NACIONAL(a). *Relatório Final da CPI das ONGs*. Criada por meio do requerimento nº 201/2007. Brasília: Congresso Nacional, 2010, p. 182. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194594/CPIongs.pdf?sequence=6>>. Acesso em: 01 set. 2014.

CONGRESSO NACIONAL(b). *Relatório Final da CPI das ONGs*. Criada por meio do requerimento nº 201/2007. Brasília: Congresso Nacional, 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194594/CPIongs.pdf?sequence=6>>. Acesso em: 01 set. 2014.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Dialética, 2014

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2014.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2014

FIGUEIREDO, Isabela Giglio. *Improbidade Administrativa: Dolo e Culpa*. São Paulo: Ed. QuartierLatin, 2010.

FILHO, Valdir Antonio Vitorino; NETO, Mário Sacomano; SPERS, Eduardo Eugênio. Escolas do Pensamento Estratégico: uma contribuição a partir da teoria dos jogos. *Revista Eletrônica de Negócios Internacionais da ESPM*, vol. 4, n.2, jul./dez. 2009.

FRIEDRICH, Carl J. Corruption Concepts in Historical Perspective. In: HEIDENHEIMER, Arnold J; JOHNSTON, Michael (Orgs). *Political Corruption Concepts & Contexts*. 3. ed. New Jersey: Transaction Publishers, 2009.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

GICO Jr, Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. In: *Economic Analysis of Law Review*. Vol. 1, n. 1, jan-jun, 2010.

GOMES, Orlando. Racionalidade e escolha. *Economia Global e Gestão* [online]. Lisboa, vol.12, n.2, ago. 2007.

GRAZZIOLI, Airton; RAFAEL, Edson José. *Fundações Privadas*. 3. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2013.

HEIDENHEIMER, Arnold. Perspectives on the Perception of Corruption. In: HEIDENHEIMER, Arnold J; JOHNSTON, Michael (Orgs). *Political Corruption Concepts & Contexts*. 3. ed. New Jersey: Transaction Publishers, 2009.

IBGE. *As Fundações Privadas e Associações Sem Fins Lucrativos*. Rio de Janeiro: 2012. Disponível em: <<http://loja.ibge.gov.br/as-fundacoes-privadas-e-associacoes-sem-fins-lucrativos-no-brasil-2010.html>>. Acesso em: 16 ago. 2014.

IPEA(a). *Transferências federais a entidades privadas sem fins lucrativos*. Rio de Janeiro: Ipea, 2012. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=15974](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=15974)>. Acesso em: 26 set. 2014.

IPEA(b). *Entidades sem fins lucrativos e as políticas públicas federais: tipologia e análise de convênios e organizações (2003-2011)*. Rio de Janeiro: Ipea, 2013. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=20642](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=20642)>. Acesso em: 16 ago. 2014.

IPEA(c). *Análise dos Custos e Consequências da Violência no Brasil*. Brasília: Ipea, 2007. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_1284.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1284.pdf)>. Acesso em: 09 set. 2014.

IPEA(d). *Gestão e Jurisdição da execução fiscal da União. Diálogos para o Desenvolvimento*. Vol. 9. Brasília: Ipea, 2013. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=17951](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=17951)>. Acesso em: 23 set. 2014.

JENSEN, Michael C. MECKLING, William H. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics*, vol. 3, n. 4, oct. 1976. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=94043>>. Acesso em 29 set. 2014.

KIRSCHBAUM, Charles; IWAI, Tatiana. Teoria dos jogos e microsociologia: avenidas de colaboração. *Rev. adm. contemp.* [online]. Curitiba, vol.15, n.1, fev. 2011.

KLAVEREN, Jacob Van. Corruption as a Historical Phenomenon. In: HEIDENHEIMER, Arnold J; JOHNSTON, Michael. (Orgs). *Political Corruption Concepts & Contexts*. 3. ed. New Jersey: Transaction Publishers, 2009.

LEFF, Nathaniel H. Economic Development Through Bureaucratic Corruption. In: HEIDENHEIMER, Arnold J; JOHNSTON, Michael (Orgs). *Political Corruption Concepts & Contexts*. 3. ed. New Jersey: Transaction Publishers, 2009.

MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *Compliance* Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Orgs.). *Temas Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: 2013.

MARINHO, Raul. *Prática na teoria*. Aplicações da teoria dos jogos e da evolução aos negócios. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

MATTOS(a), Mauro Roberto Gomes de. *O Limite da Improbidade Administrativa*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Ed. América Jurídica, 2010

MATTOS(b), Mauro Roberto Gomes de. *Inquérito civil e Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELES, Fernando. Teoria da Escolha Racional: limites e alcances explicativos. *Revista eletrônica de Ciências Sociais*, João Pessoa, n. 22, 2012.

MODESTO, Paulo. CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira. *Terceiro Setor e Parcerias na Área de Saúde*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011.

MOLINA, Antono García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*: Introdução aos seus fundamentos teóricos. Introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

MULLER, Pierre. *Las políticas públicas*. Traduzido por Jean-François Jolly e Carlos Salazar Vargas. Colombia: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2002.

NEIVA, José Antonio Lisboa. *Improbidade Administrativa*. 5ª ed. Niterói: Ed. Impetus, 2013



NEVES, Daniel Amorim Assumpção. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. 2. ed. São Paulo: Ed. Método, 2014.

NUSDEU, Fábio. *Curso de Economia*. Introdução ao Direito Econômico. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

OSORIO, Fabio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Leide Improbidade Administrativa Comentada*. 5ª.ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2011.

PHILIP, Mark. Corruption Definition and Measurement. In: SAMPFORD, Charles. SHACKLOCO, Arthur. CONNORS, Carmel (Orgs). *Measuring Corruption*. Hampshire: Ed. Ashgate Publishing Limited, 2006.

POLINSKY, A. Mitchel. SHAVELL, Steven. Public Enforcement of Law. In: Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Volume I. *The History and Methodology of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2000. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/tablebib.html#TABLE OF CONTENTS>>. Acesso em: 10 set. 2014.

ROBINSON, Paul. DARLEY, M. The Role of Deterrence in the Formulation of Criminal Law Rules: As its Worst When Its Best. *The Georgetown Law Journal*: Rochester, vol. 91, 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=661101>>. Acesso em: 12 set. 2014.

SABO PAES, José Eduardo. *Fundações e Entidades de Interesse Social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. 8. ed. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2013.

SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAVIA, Enrique. FERRAREZI, Elisabete (Orgs.). *Políticas Públicas*. Coletânea. Vol. 1. Brasília: Escola Nacional de Administração Pública, 2007.

SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Considerações sobre a Economia do Crime no Brasil: um sumário de 10 anos de pesquisa. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n. 02, jul-dez, 2010.

SILVA, Marcos Fernandes da. The Political Economy of Corruption in Brazil. *Revista de Administração de Empresas*. São Paulo, v.39, jul-set. 1999.

SIMÃO, Calil. *Improbidade Administrativa*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Jhmizuno, 2014

SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2005.

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. In: *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol.50, nº2, 2007, p. 229-257. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0011-52582007000200001&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582007000200001&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 13 out. 2014.

TCU(a). *Convênios e outros repasses*. 4. ed. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2013. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2548956.PDF>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

TCU(b). *Relatório de Gestão do Governo de 2013*. Disponível em: [http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas\\_governo/](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/). Acesso em: 05 ago. 2014.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

ZACKSESKI, Cristina. Da prevenção penal à nova prevenção. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. (Org.). *Doutrinas Essenciais - Direito Penal*. 1. ed, v. 3. São Paulo: Ed. RT, 2010.